

# **Arbeitnehmermitbestimmung in supranationalen Gesellschaftsformen am Beispiel der SPE**

Dissertation  
zur Erlangung des Doktorgrades  
der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität zu  
Göttingen

vorgelegt von  
Astrid Siebert  
aus Kassel

Göttingen 2013

Berichtersteller/in:	Prof. Dr. Rüdiger Krause
Mitberichtersteller/in:	Prof. Dr. Gerald Spindler
Tag der mündlichen Prüfung:	30.06.2014

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung .....	7
Zielsetzung der Arbeit und Gang der Untersuchung .....	12
Teil 1 .....	15
§ 1 Entwicklungsgeschichte der SPE .....	15
A. Erste Bestrebungen.....	15
I. Erster (inoffizieller) Verordnungsvorschlag .....	16
II. <i>Winter-Bericht</i> .....	17
III. Aktionsplan zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und der Verbesserung der Corporate Governance in der EU (2003).....	18
IV. Small Business Act .....	19
B. Vom ersten (offiziellen) Verordnungsvorschlag bis zum Status quo der Entwicklung...21	
I. Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission vom 25. Juni 2008 (SPE-VOE) .....	22
II. Kompromissvorschlag des Europäischen Rates unter französischer Ratspräsidentschaft vom 11. Dezember 2008 (SPE-VOE F).....	24
III. Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2009.....	25
IV. Kompromissvorschlag des Europäischen Rates unter tschechischer Ratspräsidentschaft vom 27. April 2009 (SPE-VOE T).....	28
V. Kompromissvorschlag des Europäischen Rates unter schwedischer Ratspräsidentschaft vom 27. November 2009 (SPE-VOE S) .....	31
VI. Kompromissvorschlag des Europäischen Rates unter ungarischer Ratspräsidentschaft vom 23. Mai 2011 (SPE-VOE U).....	34
C. Resümee der bisherigen Entwicklungen.....	36
§ 2 Entwicklungsperspektiven der SPE .....	39

A. Vertrag von Lissabon.....	39
B. Integrationsverantwortungsgesetz .....	40
C. Europa 2020.....	42
D. Reflection Group On the Future of EU Company Law .....	43
E. Konsultation zur Zukunft des Europäischen Gesellschaftsrechts .....	44
F. Aktionsplan Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance (2012) .....	45
G. Bewertung und Alternativen .....	45
§ 3 Status quo der Mitbestimmung auf europäischer Ebene.....	47
A. Realisierte Vorhaben .....	48
I. Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) .....	48
1. Entwicklungsgeschichte .....	48
2. Zielrichtung .....	49
3. Ausgestaltung der Verordnung.....	49
4. Einzelstaatliche Umsetzung .....	51
5. Entwicklungsgeschichtliche Probleme.....	51
6. Arbeitnehmermitbestimmungsmodell .....	53
II. Societas Europaea („SE“).....	53
1. Entwicklungsgeschichte .....	53
2. Zielrichtung .....	55
3. Ausgestaltung von Verordnung und begleitender Richtlinie .....	56
4. Einzelstaatliche Umsetzung (SEAG / SEBG) .....	58
5. Entwicklungsgeschichtliche Probleme.....	58
6. Arbeitnehmermitbestimmungsmodell .....	60
7. Überblick: Das „SE-Modell“ .....	63
8. Exkurs: „Vorrats-SE“ .....	65
III. Societas Cooperativa Europaea („SCE“) .....	68
1. Entwicklungsgeschichte .....	68
2. Zielrichtung .....	69
3. Ausgestaltung von Verordnung und begleitender Richtlinie .....	70

4. Einzelstaatliche Umsetzung .....	71
5. Entwicklungsgeschichtliche Probleme.....	72
6. Arbeitnehmermitbestimmungsmodell .....	72
7. Überblick: Das „SCE-Modell“ .....	74
IV. Zehnte gesellschaftsrechtliche Richtlinie (Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten; kurz: „10. RL“) .....	76
1. Entwicklungsgeschichte .....	76
2. Zielrichtung .....	77
3. Ausgestaltung der Richtlinie.....	77
4. Einzelstaatliche Umsetzung .....	78
5. Entwicklungsgeschichtliche Probleme.....	79
6. Arbeitnehmermitbestimmungsmodell .....	79
a) Alternativlösung.....	81
b) Kumulativlösung.....	81
c) Stellungnahme .....	82
7. Überblick: Das „10. RL - Modell“ .....	85
B. Bislang nicht realisierte Vorhaben .....	87
I. Fünfte gesellschaftsrechtliche Richtlinie (sog. Strukturrichtlinie; kurz: „5. RL“)......	87
1. Erster Vorschlag einer Strukturrichtlinie.....	88
2. Exkurs: Grünbuch „Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Struktur der Gesellschaften“ (1975) .....	88
3. Weitere Vorschläge einer Strukturrichtlinie .....	89
II. Vierzehnte gesellschaftsrechtliche Richtlinie (sog. Sitzverlegungsrichtlinie; kurz: „14. RL“)......	90
C. Stellungnahme zum Status quo der Mitbestimmung auf europäischer Ebene .....	94
§ 4 Erfahrungswerte und Reformbestrebungen hinsichtlich europäischer Gesellschaftsformen.....	96
A. Statistische Erfahrungswerte .....	96
B. Reformbestrebungen: (Weiter-) Entwicklung der SE.....	100
C. Schlussfolgerungen.....	102

§ 5 Aktuelles Arbeitnehmermitbestimmungsmodell der SPE im supranationalen Kontext...	103
A. Aktuelles Arbeitnehmermitbestimmungsmodell der SPE .....	103
I. Grundregel: Sitzstaatsprinzip.....	103
II. Ausnahme: Verhandlungslösung mit subsidiärer Auffangregelung .....	104
1. Verhandlungslösung .....	106
a) Bildung des Besonderen Verhandlungsgremiums .....	107
b) Optionen des Besonderen Verhandlungsgremiums .....	108
2. Auffangregelung .....	110
3. Berechnung der Anzahl der Arbeitnehmer zur Erreichung des Schwellenwertes .....	111
a) Das Problem der Konzernzurechnung.....	111
aa) Konzernzurechnung in Deutschland .....	112
bb) Konzernzurechnung in der SE .....	113
cc) Übertragbarkeit der Diskussion auf die SPE.....	115
b) Ergebnis.....	117
B. Einordnung und Bewertung im supranationalen Kontext.....	117
C. Ergebnis.....	123
§ 6 Arbeitnehmermitbestimmung als politischer Störfaktor? .....	125
Teil 2 .....	129
§ 1 Pro und Contra eines europäischen Mitbestimmungsmodells.....	129
A. Pro .....	129
I. SPE im europäischen Wettbewerb der Gesellschaftsformen .....	130
II. Soziale Dimension des Binnenmarktes .....	131
1. Sozialpolitik.....	132
2. Soziale Grundrechte .....	133
3. Corporate Social Responsibility („CSR“) .....	136
4. Zwischenergebnis: neue Begründungsansätze der Unternehmensmitbestimmung .....	138
III. Mitbestimmung und Corporate Governance – Freund oder Feind? .....	139
1. Begriffsbestimmungen und Ausgangspunkt der Governance-Diskussion.....	139

2. Europäischer Corporate Governance-Rahmen .....	141
3. Corporate Governance als neuer Ansatz der Mitbestimmungskritiker .....	142
4. Auswirkungen der Unternehmensmitbestimmung auf die Governance-Diskussion .....	144
a) Exkurs: Professionalisierung des Aufsichtsrates .....	144
b) Beurteilung anhand der einzelnen Unternehmenstheorien .....	146
c) Beurteilung unter dem Blickwinkel der Effizienz bzw. des Unternehmenswerts .....	146
d) Kritikpunkte der Mitbestimmungsgegner .....	148
aa) Fehlende Unabhängigkeit .....	149
bb) Bestehende Interessenkonflikte .....	151
cc) Mangelnde Qualifikation .....	152
dd) Funktionswidrige Größe des Aufsichtsrats und Kommunikationsdefizite .....	153
ee) Zwischenergebnis .....	154
IV. Mitbestimmungsflucht durch Umgehungskonstruktionen .....	155
1. Portfolio der Beraterbranche .....	155
a) Verwendung einer ausländischen Gesellschaftsform .....	155
b) Ausländische Gesellschaftsform & Co. KG .....	156
c) Stiftung oder Stiftung & Co. KG .....	157
d) SE .....	159
2. Portfolioerweiterung mittels der SPE? .....	160
3. Zwischenergebnis .....	161
B. Contra .....	162
C. Stellungnahme .....	164
§ 2 Nationale Mitbestimmungsströmungen .....	166
§ 3 Modellentwicklung .....	169
A. Grundkonzeption .....	169
I. Verhandlungslösung .....	169
1. Auslösen des Verhandlungsverfahrens .....	170
2. Zeitraum zur Bildung des BVG .....	171
3. Direkte Vereinbarung der Auffangregelung .....	172
II. Auffangregelung .....	172
III. Dynamik des Mitbestimmungsmodells .....	174

IV. Zwischenergebnis .....	174
B. Einzelne Komponenten.....	174
I. Schwellenwert .....	175
II. Zusammensetzung des Aufsichtsgremiums .....	176
1. Verortung der Arbeitnehmervertreter.....	176
2. Größe des Kontrollgremiums .....	177
3. Anzahl der Arbeitnehmervertreter .....	179
III. Rechte der Arbeitnehmervertreter .....	182
IV. Nominierung der Kandidaten und Wahl.....	183
1. Nominierung .....	183
a) Wählbarkeit .....	183
b) Recht zur Nominierung.....	184
2. Wahl .....	185
V. Weitere Komponenten .....	185
C. SPE-Modell in Thesen.....	185
D. Zusammenfassung.....	189
Anhang.....	192
Abkürzungsverzeichnis.....	195
Literaturverzeichnis .....	199
Lebenslauf.....	215



## Einleitung

„Jeder vierte Arbeitnehmer hat innerlich gekündigt“ lautet das Ergebnis einer in 2012 veröffentlichten Studie<sup>1</sup> über die Arbeitszufriedenheit deutscher Arbeitnehmer. Dabei existiert in kaum einem Unternehmen noch eine „Personalabteilung“. Stattdessen sind die Begriffe „Human Capital“ oder „Human Ressource“ aus dem Sprachgebrauch nicht mehr wegzudenken. Zwischen der Werthaltigkeit des menschlichen Kapitals aus Sicht der Unternehmer auf der einen und der gefühlten Unzufriedenheit der Arbeitnehmer auf der anderen Seite besteht daher eine auffällige Diskrepanz. Doch weitet man seinen Blick auf die europäische Ebene, dürfte es sich in Deutschland um ein Jammern auf hohem Niveau handeln. Die harmonisierte Arbeitslosenquote in der EU lag im Januar 2013 bei 10,8 %.<sup>2</sup> Deutschland zählt im europäischen Vergleich mit 5,3 %<sup>3</sup> allerdings zu den Mitgliedstaaten mit der geringsten Arbeitslosenquote. Spanien hingegen liegt mit 26,2 %<sup>4</sup> weit darüber. In Spanien ist demnach nicht nur jeder vierte Arbeitnehmer unzufrieden mit seinem Arbeitsplatz, sondern hat gar keinen Arbeitsplatz. Ein Bild, das sich durch die Wirtschaftskrise erheblich verschärft hat. Für Europa ist es daher an der Zeit, nicht nur über die Rettung der gemeinsamen Währung, sondern auch über die Rettung des europäischen Arbeitsmarkts nachzudenken.<sup>5</sup> Die Europäische Kommission hat sich dieser Problematik im Zuge der Bewältigung der Finanz- und Wirtschaftskrise und ihrer Folgen angenommen. So erklärte die Europäische Kommission die Erhöhung der Beschäftigung zu einem der Kernziele ihrer neuen Wirtschaftsstrategie *Europa 2020*.<sup>6</sup> Ferner widmet sich die Europäische Kommission der Stärkung der sozialen Verantwortung aktuell unter dem Schlagwort *Corporate Social Responsibility* (CSR).<sup>7</sup> Nach jüngster Definition der Kommission ist CSR „die Verantwortung von Unternehmen für ihre Auswirkungen auf die Gesellschaft“.<sup>8</sup> Auch wenn CSR nicht allein die interne Organisation von Unternehmen betrifft,<sup>9</sup> sondern vielmehr auf die Interaktion der Unternehmen im Gesamtgefüge abzielt,<sup>10</sup> ist mit diesen Bestrebungen ein Umdenken in Europa zu spüren: weg von einer rein

---

<sup>1</sup> Gallup Engagement Index 2011, abrufbar unter <http://www.gallup.com/strategicconsulting/158183/pr%a4sentation-zum-gallup-engagement-index-2011.aspx>.

<sup>2</sup> Eurostat, Stand 19.1.2013, abrufbar unter <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=de&pcode=teilm020>.

<sup>3</sup> Siehe Fn. 2.

<sup>4</sup> Siehe Fn. 2.

<sup>5</sup> Vgl. zu dieser Einschätzung Binnenmarktakte II v. 3.10.2012, COM (2012) 573 final.

<sup>6</sup> IP/10/225 v. 3.3.2010; weitere Informationen zu Europa 2020 abrufbar unter <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&plugin=1&language=de&pcode=teilm020>.

<sup>7</sup> Siehe nur KOM (2011) 681 endgültig v. 25.10.2011; Grünbuch v. 18.7.2001, KOM (2001) 366 endgültig.

<sup>8</sup> KOM (2011) 681 endgültig v. 25.10.2011, S. 7.

<sup>9</sup> Zur internen Dimension KOM (2001) 366 endgültig v. 18.7.2001, S. 9 ff.

<sup>10</sup> Zur externen Dimension KOM (2001) 366 endgültig v. 18.7.2001, S. 12 ff.

gewinnorientierten kurzfristigen Unternehmensführung hin zu einer langfristigen nachhaltigen und damit stabilen sozialen Marktwirtschaft.<sup>11</sup> Dies entspricht zudem der in der Strategie *Europa 2020* verankerten „*Vision der europäischen sozialen Marktwirtschaft*“<sup>12</sup>. Zu dieser Vision vermag auch die Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene einen gewichtigen Beitrag zu leisten.<sup>13</sup> Daher ist die vorliegende Arbeit der Arbeitnehmermitbestimmung auf Unternehmensebene in Europa gewidmet.

Konkret befasst sich die Arbeit mit der Suche nach einer geeigneten Mitbestimmungslösung für die SPE (*Societas Privata Europaea*), die Europäische Privatgesellschaft, deren Realisierung derzeit insbesondere an dem Streit um die Arbeitnehmermitbestimmung scheitert.

Unternehmensmitbestimmung im klassischen arbeitsrechtlichen Verständnis bedeutet, dass den Arbeitnehmern eine Mitentscheidungskompetenz an unternehmerischen Entscheidungen eingeräumt wird. Unternehmerische Entscheidungen sind Entscheidungen, die die strategische Ausrichtung des Unternehmens betreffen. Die gesetzliche Einräumung einer Mitentscheidungskompetenz stellt demnach einen Eingriff in die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers dar.<sup>14</sup> Wenig überraschend ist daher die politische Sprengkraft, die dieser Thematik naturgemäß innewohnt. Vielschichtiger werden die Gefechte zwischen Gewerkschaften auf der einen und Arbeitgeberverbänden auf der anderen Seite, wenn man sie auf die europäische Ebene verlagert, so wie im Fall der SPE. Durch diese Verlagerung werden bereits die beiden Lager in sich gespalten. Hervorgerufen wird diese Spaltung durch die in den einzelnen Mitgliedstaaten teils stark divergierenden Ansichten über die Thematik. Darüber hinaus werden durch grenzüberschreitende Sachverhalte regelmäßig weitere nationale Belange tangiert. Daher führt die Diskussion um die Mitbestimmung zum einen zu einem Kampf unter den einzelnen Mitgliedstaaten, da sie um die Konkurrenzfähigkeit der eigenen Gesellschaftsformen im europäischen Wettbewerb fürchten, zum andern treten weitere Akteure, die ihre Interessen in Gefahr sehen, hinzu. Auffällig ist in diesem Zusammenhang, dass sich gerade die deutschen Notare zu Hütern der Mitbestimmung aufschwingen.<sup>15</sup> Dabei drängt sich der Verdacht auf, dass sich hinter diesem Einsatz eher eigene pekuniäre Interessen als die Sorge um die deutsche Mitbestimmung verbergen.

Die Vielschichtigkeit der Mitbestimmungsdiskussion ist daher als Hauptursache der momentanen Stagnation der SPE zu sehen. Die daneben diskutierten rein gesellschaftsrechtlichen Problempunkte, wie etwa der Gläubigerschutz, dürften im Rahmen der SPE eher eine Ne-

---

<sup>11</sup> Vgl. KOM (2011) 681 endgültig v. 25.10.2011, S. 4 f.; Binnenmarktakte II v. 3.10.2012, COM (2012) 573 final, S. 18.

<sup>12</sup> IP/10/225 v. 3.3.2010.

<sup>13</sup> Siehe hierzu auch *Feuchte*, in: Ulshöfer/Feuchte (2011), S. 85.

<sup>14</sup> Vgl. BVerfG v. 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290.

<sup>15</sup> Siehe unten S. 24 u. 35 ff.

benrolle spielen. Schließlich hat man sich mit der „Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt“<sup>16</sup> selbst in Deutschland zur Einführung einer Ein-Euro-Gesellschaft herabgelassen.

Supranationale Gesellschaftsformen sind derzeit selbst für viele gesellschaftsrechtlich bewanderte Juristen noch befremdliche Randerscheinungen. Nachfolgend sollen daher eine kurze Vorstellung selbiger sowie einige einleitende Gedanken verdeutlichen, warum gerade die SPE Zuspruch und Aufmerksamkeit verdient.

Unter supranationalen Gesellschaften versteht man überstaatliche Gesellschaften, die auf der Grundlage europäischen Rechts zur Verfügung gestellt werden. Die europäische Familie der supranationalen Gesellschaftsformen besteht derzeit aus drei Mitgliedern: der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung („EWIV“), der Europäischen Aktiengesellschaft (*Societas Europaea* - „SE“) und der Europäischen Genossenschaft (*Societas Cooperativa Europaea* - „SCE“). In der öffentlichen Wahrnehmung ist bis jetzt vor allem die SE als „Flaggschiff“<sup>17</sup> des europäischen Gesellschaftsrechts präsent. Sowohl die EWIV als auch die SCE bedienen bestimmte Sparten und sind daher nur eingeschränkt präsent in der öffentlichen Wahrnehmung. Die EWIV findet vornehmlich bei grenzüberschreitenden Kooperationen von Anwaltskanzleien oder anderen freien Berufen Verwendung.<sup>18</sup> Die SCE findet entsprechend ihrer genossenschaftlichen Struktur den größten Anklang in den Sparten Kreditwesen, Wohnungsbau und Landwirtschaft.<sup>19</sup> Dennoch sind auch sie für das Verständnis des Entwicklungsprozesses supranationaler Gesellschaftsformen unverzichtbar.

Mit der SPE (*Societas Privata Europaea*), der Europäischen Privatgesellschaft, steht ein weiterer Zögling zur Aufnahme in die Familie der supranationalen Gesellschaftsformen bereit. Allerdings ist die Realisierung des Projekts SPE derzeit äußerst ungewiss. Der aktuelle politische Diskurs ist durchaus als festgefahren zu bezeichnen. Grund dafür ist neben verschiedenen gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen betreffend den Gläubigerschutz und den Satzungssitz, insbesondere der Streit um die Mitbestimmung der Arbeitnehmer und zwar ausschließlich um die Unternehmensmitbestimmung. Diese wird bei supranationalen Gesellschaftsformen immer wieder zum Problem, da sie im Gegensatz zur betrieblichen Mitbestimmung, die allein an die Belegenheit des Betriebes anknüpft,<sup>20</sup> nach ganz hM an das Gesellschaftsstatut anknüpft.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> § 5a GmbHG, eingefügt mit Wirkung v. 1.11.2008 durch Gesetz v. 23.10.2008, BGBl. I, S. 2026.

<sup>17</sup> Hopt, ZIP 1998, 96, 99.

<sup>18</sup> Fleischer, ZHR 174 (2010), 385, 389 f.

<sup>19</sup> Zu den Sparten von Genossenschaften siehe Schulze, NZG 2004, 792.

<sup>20</sup> Servatius, in: Henssler/Strohn, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 202; Behme, ZIP 2008, 351, 353 f..

<sup>21</sup> Servatius, in: Henssler/Strohn, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 201; Behme, ZIP 2008, 351, 357.

Damit steht fest, dass die SPE ohne eine Regelung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene nicht realisiert werden kann. Die vorliegende Arbeit widmet sich daher der Frage eines konsensfähigen Mitbestimmungsmodells für die SPE als mögliche weitere supranationale Rechtsform. Bei der SPE ist zudem zu erwarten, dass es sich im Gegensatz zur EWIV und SCE um eine Rechtsform von erheblicher praktischer Relevanz handeln wird. Aufgrund ihrer Zielgruppenorientierung ist sogar zu erwarten, dass die SPE praktisch bedeutsamer werden wird als ihre große Schwester – die SE.

Die SPE ist als Kapitalgesellschaft mit geschlossenem Gesellschafterkreis (d.h. keine Kapitalmarktorientierung) konzipiert. Sie richtet sich im Gegensatz zur SE, die auf große Unternehmen ausgerichtet ist, insbesondere an kleine und mittlere Unternehmen (sog. „KMU“). Darüber hinaus kann die SPE auch Bedeutung als Konzernbaustein erlangen.<sup>22</sup> Hauptzielgruppe der SPE sind jedoch unzweifelhaft KMU.

Die KMU sind es auch, die in der Politik der EU eine immer größere Bedeutung erlangen. So schrieb sich die Europäische Kommission, als sie in 2005 im Rahmen einer neuen Schwerpunktsetzung ihre zeitgemäße KMU-Politik für Wachstum und Beschäftigung einläutete, den Grundsatz „*Think small first!*“<sup>23</sup> – „zuerst an die KMU-Dimension denken“ – auf die Fahnen.<sup>24</sup> Anlass dafür ist die immense Bedeutung kleiner und mittlerer Unternehmen („KMU“)<sup>25</sup> für die europäische Wirtschaft. Nach der Definition der Europäischen Kommission versteht man unter kleinen und mittleren Unternehmen solche, die weniger als 250 Personen beschäftigen und die entweder einen Jahresumsatz unter 50 Millionen Euro erzielen oder deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens 43 Millionen Euro beläuft.<sup>26</sup> Diese bilden rund 99 % des gesamten Unternehmensbestands in Europa<sup>27</sup> und damit das Rückgrat der EU-Wirtschaft.<sup>28</sup> Ihr Wohlergehen gilt als Schlüsselfaktor für stärkeres Wachstum und mehr und bessere Arbeitsplätze in der EU.<sup>29</sup> Allerdings schöpfen KMU den europäischen Binnenmarkt derzeit im Ge-

---

<sup>22</sup> Zur Ausrichtung der SPE als „Allzweckmöbel“ mit primärer Funktion als Organisationsinstrument für die mittelständische Wirtschaft sowie als Konzernbaustein für Großunternehmen siehe bereits *Hommelhoff*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Nr. 163 (2008), S. 28.

<sup>23</sup> KOM (2005) 551 endgültig v. 10.11.2005, S. 3.

<sup>24</sup> KOM (2005) 551 endgültig v. 10.11.2005, S. 4, 9; zur KMU-Politik der Europäischen Gemeinschaft bis 2003 siehe *Krause*, EuZW 2003, 747.

<sup>25</sup> Englisch „SME“ – Small and medium sized enterprises.

<sup>26</sup> Siehe Empfehlung der Kommission v. 6. Mai 2003 2003/361/EG, abgedruckt in ABl. EU Nr. L 124/36 v. 20.5.2003; vgl. zu den Größenklassen von KMU auch § 267 Abs. 1 und 2 HGB, der allerdings auf die Vierte RL 78/660/EWG v. 25. Juli 1978, ABl. EG Nr. L 222/11 v. 14.8.1978 zurückgeht.

<sup>27</sup> *Schmiemann*, eurostat 31/2008, abrufbar unter:

[http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY\\_OFFPUB/KS-SF-08-031/DE/KS-SF-08-031-DE.PDF](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-SF-08-031/DE/KS-SF-08-031-DE.PDF).

<sup>28</sup> KOM (2007) 592 endgültig v. 4.10.2007, S. 3.

<sup>29</sup> KOM (2007) 592 endgültig v. 4.10.2007, S. 3.

gensatz zu Großunternehmen noch nicht annähernd aus, so dass in diesem Bereich ein immenses Potenzial liegt.<sup>30</sup>

Diese Bedeutung von KMU ist Grund genug, sich anlässlich des zwanzigjährigen Jubiläums des europäischen Binnenmarktes<sup>31</sup> nicht nur dessen Bedeutung insgesamt zu vergegenwärtigen, sondern sich darüber hinaus den Zugangsmöglichkeiten von KMU zum europäischen Binnenmarkt und dessen Nutzung zu widmen.

Der Europäische Binnenmarkt ist heutzutage nicht mehr wegzudenken. Neben der Möglichkeit, ungehindert reisen und Wohn- und Arbeitsort innerhalb der EU frei wählen zu können, gewährt er den aktuell 23 Millionen Unternehmen in der EU Zugang zu 500 Millionen Verbraucherinnen und Verbrauchern.<sup>32</sup> Der Binnenmarkt wird daher zu Recht als der Wirtschaftsmotor der EU bezeichnet.<sup>33</sup> Umfasste sein Vorgänger,<sup>34</sup> der von der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) im Jahr 1957 geschaffene „gemeinsame Markt“ lediglich sechs Staaten (Frankreich, Deutschland, Belgien, Italien, Luxemburg und die Niederlande),<sup>35</sup> umfasste der uns heute bekannte Binnenmarkt bereits bei seiner Realisierung am 1. Januar 1993 zwölf Mitgliedstaaten (hinzugetreten waren: Dänemark, Griechenland, Spanien, Irland, Portugal, Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland).<sup>36</sup> In 1995 wuchs er sodann mit den EU-Beitritten Österreichs, Finnlands und Schwedens<sup>37</sup> auf 15 Mitgliedstaaten, im Zuge der Osterweiterung I in 2004 mit Zypern, der Tschechischen Republik, Estland, Ungarn, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowenien und der Slowakei<sup>38</sup> auf 25 Mitgliedstaaten und mit der Osterweiterung II in 2007 schließlich mit Rumänien und Bulgarien<sup>39</sup> auf derzeit 27 Mitgliedstaaten an. Mit dem voraussichtlich in 2013 erfolgenden Beitritt Kroatiens steht

---

<sup>30</sup> Dahingehend äußerte sich auch die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung „Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts“, KOM (2007) 724 endgültig v. 20.11.2007.

<sup>31</sup> Binnenmarktakte II, COM (2012) 573 final v. 3.10.2012, S. 4.

<sup>32</sup> Binnenmarktakte II, COM (2012) 573 final v. 3.10.2012, S. 4.

<sup>33</sup> Binnenmarktakte I KOM (2011) 206 endgültig v. 13.4.2011, S. 3; Programm der dänischen Ratspräsidentschaft der EU 2012, S. 11, abrufbar unter [http://eu2012.dk/de/EU-and-the-Presidency/About-the-Presidency/~/\\_media/Files/Trykt%20materiale/Presidency%20programme/EU%20Presidency\\_Programme\\_DE\\_Final%20Web\\_02\\_01.pdf](http://eu2012.dk/de/EU-and-the-Presidency/About-the-Presidency/~/_media/Files/Trykt%20materiale/Presidency%20programme/EU%20Presidency_Programme_DE_Final%20Web_02_01.pdf).

<sup>34</sup> Wobei die Begrifflichkeiten „Gemeinsamer Markt“ und „Binnenmarkt“ auch nach Einführung des Binnenmarktes durch die Einheitliche Europäische Akte (ABl. EG, Nr. L 169 v. 29.6.1987) noch parallel existierten und ihre Abgrenzung umstritten war; vgl. mwN Nowak, EuR 2009, Beiheft 1, 129; erst durch den Vertrag von Lissabon, der am 1.12.2009 in Kraft trat wurde dieser Streit endgültig geklärt und der Begriff „Gemeinsamer Markt“ flächendeckend durch den Begriff „Binnenmarkt“ ersetzt, Terhechte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art. 3 Rn. 38.

<sup>35</sup> Siehe Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v. 25.03.1957.

<sup>36</sup> Siehe Einheitliche Europäische Akte, ABl. EG, Nr. L 169 v. 29.6.1987, Art. 13 enthielt die Verpflichtung der Gemeinschaft, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um bis zum 31.12.1992 den Binnenmarkt schrittweise zu verwirklichen.

<sup>37</sup> ABl. EG Nr. L 1 v. 1.1.1995.

<sup>38</sup> ABl. EU Nr. L 236 v. 23.9.2003.

<sup>39</sup> ABl. EU Nr. L 157/203 v. 21.6.2005; Pressemitteilung der Kommission vom 26.9.2006, abrufbar unter [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-06-1257\\_de.htm?locale=fr](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-1257_de.htm?locale=fr).

die Aufnahme des 28. Mitgliedstaates kurz bevor.<sup>40</sup> Ebenso wie der Binnenmarkt selbst sind auch die Herausforderungen an ihn gewachsen. Neben dem demografischen Wandel, der Verknappung natürlicher Ressourcen und dem Klimawandel galt und gilt es noch immer, sich den Herausforderungen der Wirtschafts- und Finanzkrise zu stellen.<sup>41</sup> Nur so kann der Binnenmarkt langfristig die Wettbewerbsfähigkeit Europas auf den globalen Märkten stärken.<sup>42</sup>

Auf Basis ihrer „Halbzeitbewertung der zeitgemäßen KMU-Politik“ in 2007<sup>43</sup> hat die EU die Binnenmarktakte I (2011)<sup>44</sup> und II (2012)<sup>45</sup> erlassen. Die Binnenmarktakte I enthielt zwölf Hebel zur Förderung von Wachstum und Vertrauen in der EU sowie Leitaktionen zu deren Ingangsetzung, deren Umsetzung sodann in der Binnenmarktakte II überprüft und weiterentwickelt wurde. Einen Schwerpunkt darin bildet die Förderung von KMU, insbesondere durch erleichterte Finanzierungsmöglichkeiten und die Vereinfachung des Regulierungsumfelds für Unternehmen durch Vereinfachung der Finanzberichterstattungspflichten und Verringerung des Verwaltungsaufwands. In diesem Zusammenhang hebt die Kommission ausdrücklich das Statut der europäischen Privatgesellschaft als Maßnahme zur Verringerung des Verwaltungsaufwands hervor.<sup>46</sup> Bedauerlicherweise zählt das Statut der Europäischen Privatgesellschaft jedoch nicht zu den zwölf Prioritäten der Binnenmarktakte II<sup>47</sup>, für deren Umsetzung konkrete Zeitvorgaben benannt wurden.<sup>48</sup>

Hintergrund für die Herausnahme aus der Prioritätenliste dürfte unter anderem der Streit um die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SPE sein.

## Zielsetzung der Arbeit und Gang der Untersuchung

Ziel der Arbeit ist es, ein konsensfähiges Mitbestimmungsmodell speziell für die SPE als supranationale Gesellschaftsform zu entwickeln, um ihr in mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht zum Durchbruch zu verhelfen.

Der Gang der Untersuchung erfolgt in zwei Teilen. Der erste Teil der Arbeit ist der Analyse der Mitbestimmungsproblematik in der SPE gewidmet, der zweite Teil versucht sodann, auf-

---

<sup>40</sup> ABl. EU Nr. L 112/6 v. 24.4.2012.

<sup>41</sup> Binnenmarktakte II, COM (2012) 573 final v. 3.10.2012, S. 4.

<sup>42</sup> Binnenmarktakte II, COM (2012) 573 final v. 3.10.2012, S. 4.

<sup>43</sup> KOM (2007) 592 endgültig v. 4.10.2007.

<sup>44</sup> Binnenmarktakte I, KOM (2011) 206 endgültig v. 13.4.2011.

<sup>45</sup> Binnenmarktakte II, COM (2012) 573 final v. 3.10.2012.

<sup>46</sup> Binnenmarktakte I, KOM (2011) 206 endgültig v. 13.4.2011, S. 21.

<sup>47</sup> Binnenmarktakte II, COM (2012) 573 final v. 3.10.2012, S. 21 f.

<sup>48</sup> Binnenmarktakte II, COM (2012) 573 final v. 3.10.2012, S. 20.

bauend auf den Problembefund des ersten Teils, einen geeigneten Lösungsansatz für die Mitbestimmungsproblematik aufzuzeigen.

Ein Problem kann man nur verstehen, wenn man seine Herkunft kennt. Daher beginnt der analytische erste Teil der Arbeit in § 1 mit der Entwicklungsgeschichte der SPE, die ihren Werdegang von der ersten Idee über die wesentlichen Entwicklungsschritte bis zum heutigen Stand des Projekts SPE umfasst. Im Anschluss daran werden in § 2 die Entwicklungsperspektiven der SPE vorgestellt. In diesen Zusammenhang werden Neuerungen der rechtlichen Grundlagen, wie der Vertrag von Lissabon und das Integrationsverantwortungsgesetz, aber auch Entwicklungsbestrebungen wie die Strategie *Europa 2020*, die sog. Reflection Group, die neueste Konsultation zur Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts sowie der Aktionsplan Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance einbezogen. Hierdurch soll dem Leser ein Einblick in die Europapolitik, die vermutlich von entscheidender Bedeutung für die Perspektive des Projekts SPE sein wird, gewährt werden.

Darüber hinaus ist die SPE nicht das erste und einzige Projekt im Bereich des Europäischen Gesellschaftsrechts, das einen Mitbestimmungsbezug aufweist. In § 3 wird daher der Status quo der Mitbestimmung auf europäischer Ebene abgebildet. Die Abbildung erfolgt im Rahmen einer vergleichenden Darstellung folgender anderer gesellschaftsrechtlicher Projekte: EWIV, SE, SCE und 10. RL (bereits realisiert) sowie der 5. und 14. RL (bislang nicht realisiert). Auf diese Weise sollen entwicklungsgeschichtliche Parallelen überprüft und der Entwicklungsprozess der Unternehmensmitbestimmung auf europäischer Ebene nachvollzogen werden. Des Weiteren bedarf es einer Analyse der praktischen Relevanz europäischer Gesellschaftsformen und damit einhergehend einer Analyse in der Praxis aufgetretener Probleme. Diese werden in § 4 Erfahrungswerte und Reformbestrebungen hinsichtlich europäischer Gesellschaftsformen vorgenommen. Vor dem bis dahin gewonnenen Erkenntnishorizont der supranationalen Entwicklungen erfolgt in § 5 eine Auseinandersetzung mit dem aktuellen Vorschlag eines Mitbestimmungsmodells für die SPE.

Der erste Teil schließt mit der Bewertung des konkreten SPE-Modells und einer projektübergreifenden Analyse der Arbeitnehmermitbestimmung als politischem Störfaktor in § 6.

Der zweite Teil der Arbeit ist der Suche nach einem geeigneten Lösungsansatz in Form eines konsensfähigen Arbeitnehmermitbestimmungsmodells für die SPE gewidmet. Die Lösungsfindung verläuft in drei Schritten. Zunächst erfolgt in § 1 eine Auseinandersetzung mit dem Für und Wider eines europäischen Mitbestimmungsmodells. In § 2 werden die verschiedenen nationalen Mitbestimmungsströmungen aufgezeigt, um zum einen die Kontroverse unter den Mitgliedstaaten zu verdeutlichen, und zum anderen um Demarkationslinien aber auch Gemeinsamkeiten aufzuzeigen. Basierend auf den in der Arbeit gewonnenen Er-

kenntnissen erfolgt in § 3 die Entwicklung eines europäischen Mitbestimmungsmodells für supranationale Gesellschaftsformen, das der SPE im Idealfall in mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht zum politischen Durchbruch verhelfen soll.



## Teil 1

Der erste Teil der Arbeit dient der Analyse der Mitbestimmungsproblematik in der SPE. Herkunft und Inhalt der Problematik sollen herausgearbeitet werden, um festzustellen, wo ein Mitbestimmungsmodell ansetzen müsste, um nicht nur funktions-, sondern auch konsensfähig zu sein. Die Analyse beginnt mit der Entwicklungsgeschichte und den Entwicklungsperspektiven der SPE. Auf diese Weise soll zunächst sichtbar gemacht werden, auf welchem Stand sich das Projekt SPE derzeit befindet, wie man an diesen Punkt gelangt ist und wie die Chancen der Realisierung der SPE stehen. Eine Auseinandersetzung mit dem aktuellen Mitbestimmungsmodell der SPE erfolgt erst nach der Erarbeitung des Status Quo der Mitbestimmung auf europäischer Ebene, um die Erkenntnisse aus den bisherigen europäischen Entwicklungen in die Bewertung des aktuellen Modells mit einfließen zu lassen.

Besondere Beachtung im Rahmen der Analyse verdient die Vielschichtigkeit der an der Entwicklung des europäischen Gesellschafts- und Mitbestimmungsrechts beteiligten Akteure aus Politik, Wirtschaft und Wissenschaft.

## § 1 Entwicklungsgeschichte der SPE<sup>49</sup>

### A. Erste Bestrebungen

Die ersten Diskussionen im Hinblick auf eine eigens auf die Bedürfnisse von kleinen und mittelständischen Unternehmen zugeschnittene supranationale Kapitalgesellschaftsform mit geschlossenem Gesellschafterkreis begannen bereits in den 1960er Jahren.<sup>50</sup> Den Stein ins Rollen brachte die rechtswissenschaftliche Forschungsabteilung der Industrie- und Handelskammer Paris (CREDA)<sup>51</sup>, welche Anfang der 1970er Jahre umfangreiche Unternehmensbefragungen in Deutschland und Frankreich mit dem Ziel durchführte, festzustellen, ob in der Praxis ein Bedürfnis nach einer solchen supranationalen Gesellschaftsform besteht. Basierend auf der daraufhin im Jahr 1973 erschienenen Studie (Étude du CREDA par J. Boucourechliev pour une S.A.R.L.<sup>52</sup> Européenne) wurde ein erster Entwurf für eine Europäische Pri-

---

<sup>49</sup> Siehe zur Entwicklungsgeschichte der SPE auch die tabellarische Übersicht „History of the European Private Company (SPE) statute“ des etui, abrufbar unter <http://de.worker-participation.eu/Europa-AG-SE/European-Private-Company-SPE/History>.

<sup>50</sup> Hommelhoff, in: Roth (1990), S. 60.

<sup>51</sup> Centre de Recherche sur le Droit des Affaires.

<sup>52</sup> Société à responsabilité limitée.

vatgesellschaft („une S.A.R.L. Européenne“) vorgelegt.<sup>53</sup> Dieser Entwurf fand jedoch zunächst keinen Anklang.<sup>54</sup>

## I. Erster (inoffizieller) Verordnungsvorschlag

Erst zwanzig Jahre später (im Jahr 1993) griff die CREDA gemeinsam mit dem Heidelberger Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht die Idee einer Europäischen Privatgesellschaft (EPG) erneut auf und setzte eine Arbeitsgruppe aus Experten verschiedener Länder aus Wissenschaft und Praxis ein, welche die notwendigen Rahmenbedingungen erarbeitete.<sup>55</sup> Die Untersuchungsergebnisse der Arbeitsgruppe wurden im Jahr 1997 von der Europäischen Kommission unter dem Titel „*Propositions pour une société fermée européenne*“<sup>56</sup> veröffentlicht. Basierend auf den Untersuchungsergebnissen entwarf der französische Arbeitgeberverband<sup>57</sup> im Jahr 1998 gemeinsam mit der Pariser Industrie- und Handelskammer (CCIP)<sup>58</sup> einen konkreten Verordnungsvorschlag für eine Europäische Privatgesellschaft.<sup>59</sup>

Während der Verordnungsvorschlag im Hinblick auf den Gläubigerschutz streng ausgestaltet wurde,<sup>60</sup> so war etwa ein Mindeststammkapital von 25.000 € vorgesehen, was zudem bei Eintragung bereits voll eingezahlt sein musste,<sup>61</sup> vermied man bewusst eine Auseinandersetzung mit der Arbeitnehmermitbestimmungsproblematik,<sup>62</sup> indem man für diese vollumfänglich auf die nationalen Regelungen des Sitzstaates der EPG verwies.<sup>63</sup> Aufgrund der nach dem Vorschlag möglichen grenzüberschreitenden Sitzverlegung<sup>64</sup> zeichnete sich jedoch schon kurz nach der Veröffentlichung ab, dass diese Regelung seitens mitbestimmungsaffiner

---

<sup>53</sup> Boucourechliev, *Pour une s.a.r.l. européenne* (1973).

<sup>54</sup> Vgl. Boucourechliev/Hommelhoff (1999), S. 1; Krause, in: GS für Blomeyer (2004), S. 387, 390; Junge, GmbHR 1992, 225, 231: sieht die Europa-GmbH „nicht als Vorreiter, sondern als krönenden Abschluss“ sobald die Rechtsordnungen der EG-Mitgliedstaaten weitestgehend angeglichen sind.

<sup>55</sup> Vgl. Boucourechliev/Hommelhoff (1999), S. VII.

<sup>56</sup> Boucourechliev, *Propositions pour une société fermée européenne: étude du Centre de Recherche sur le Droit des Affaires/sous la direction de Jeanne Boucourechliev* [Commission Européenne] (1997).

<sup>57</sup> Früher: CNPF (Conseil National du Patronat Français), heute: MEDEF (Mouvement des Entreprises de France).

<sup>58</sup> Chambre de commerce et d'industrie de Paris.

<sup>59</sup> Verordnungsentwurf zur Europäischen Privatgesellschaft abgedruckt in Boucourechliev/Hommelhoff (1999), S. 281 ff; eine tiefgreifende Auseinandersetzung im Hinblick auf gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Aspekte auf Basis dieses Entwurfs findet sich bei: Kretschmer (2005); eine rechtsvergleichende Untersuchung mit Schwerpunkt im Bereich des Gläubigerschutzes bei: Kaiser (2008).

<sup>60</sup> Dejmek, NZG 2001, 878, 880.

<sup>61</sup> Art. 3 VO-E.

<sup>62</sup> Kommentar Nr. 2 zu Artikel 33 VO-E, abgedruckt in: Boucourechliev/Hommelhoff (1999), S. 311.

<sup>63</sup> Art. 33 VO-E.

<sup>64</sup> Art. 6 VO-E.

Staaten nicht auf Akzeptanz stoßen würde.<sup>65</sup> Deutschland beispielsweise präferierte eine Begrenzung der EPG auf 500 Arbeitnehmer.<sup>66</sup> Unternehmen, deren Arbeitnehmerzahl 500 übersteigt, sollte die Option, für ihr Unternehmen die Gesellschaftsform der EPG zu wählen, versperrt sein.<sup>67</sup> Eine derartige Begrenzung stieß allerdings bereits in den eigenen Reihen auf erhebliche Kritik, da diese zwangsläufig zu Problemen führt, sobald die EPG wächst und die 500-Arbeitnehmergrenze überschritten wird.<sup>68</sup>

Insgesamt, das heißt mit Ausnahme der Mitbestimmungsproblematik, wurde dieser Vorschlag allerdings sowohl vom Europäischen Arbeitgeber- und Industrieverband (UNICE)<sup>69</sup> als auch von der Vereinigung der Industrie- und Handelskammern (EUROCHAMBRES) unterstützt.<sup>70</sup> Des Weiteren fand er die Unterstützung des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses (EWSA),<sup>71</sup> welcher im März 2002 einstimmig eine Stellungnahme über ein europäisches Rechtsstatut für KMU (Initiativstellungnahme) annahm, in der betont wurde, „dass es notwendig ist, ein europäisches Gesellschaftsstatut für KMU zu entwickeln“.<sup>72</sup>

## II. Winter-Bericht<sup>73</sup>

Zwei markante Wegepunkte in der Entwicklung der SPE konnten schließlich im Herbst 2001 gesetzt werden. Zum einen wurde im Oktober 2001 das Projekt „SE“ erfolgreich abgeschlossen,<sup>74</sup> was einen sichtbaren Fortschritt im Bereich des europäischen Gesellschaftsrechts

---

<sup>65</sup> Kallmeyer, in: Hommelhoff/Helms (2001), S. 83f.

<sup>66</sup> 500 Arbeitnehmer war und ist der Schwellenwert, ab dem in Deutschland je nach Rechtsform eine Drittelbeteiligung eingreifen kann: früher §§ 76 ff. BetrVG 1952 a.F., heute § 1 DrittelbG.

<sup>67</sup> Hommelhoff/Helms, in: Boucourechliev/Hommelhoff (1999), S. 161f.; mit dem Vorschlag der Begrenzung auf 2.000 AN: Hommelhoff, WM 1997, 2101, 2105; Helms (1998), S. 95f.

<sup>68</sup> Ehricke, RabelsZ 64 (2000), 497, 509f.

<sup>69</sup> Union des Industries de la Communauté européenne; seit 2007 umbenannt in BUSINESSEUROPE; vgl. Pressemitteilung v. 9. April 1999, abrufbar unter: <http://www.businessseurope.eu/DocShareNoFrame/docs/2/OLBGAFODBKPOJJNFBELCFGHLPDBY9DAYG39LTE4Q/UNICE/docs/DLS/2002-03247-E.pdf>.

<sup>70</sup> Vgl. Moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa: Ein Konsultationspapier der Hochrangigen Expertengruppe auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, S. 45, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/consult\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/consult_de.pdf); Bericht der Hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa (Winter-Bericht), S. 124, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/report\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_de.pdf).

<sup>71</sup> Vgl. Krause, in: GS Blomeyer (2004), S. 387, 389 f..

<sup>72</sup> Aus Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema „Ein europäisches Rechtsstatut für KMU“, CES 363/2002 (FR) ML/K-MP/DC-ML/R/hi, unter 7.1., abrufbar unter: <http://www.uni-mannheim.de/edz/doku/wsa/2002/ces-2002-0363.pdf>.

<sup>73</sup> Bericht der Hochrangigen Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts über moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa (Winter-Bericht), abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/report\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_de.pdf); siehe hierzu: Maul, DB 2003, 27; Wiesner, BB 2003, 213.

<sup>74</sup> Siehe unten unter Teil 1, § 3 A. II. (S. 53 ff.).

darstellte und mithin als positives Signal für die Entwicklung der SPE zu werten war.<sup>75</sup> Zum anderen wurde die konkrete Entwicklung der SPE durch die von der Europäischen Kommission eingesetzte hochrangige Gruppe von Experten auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts unter Leitung des Niederländers *Jaap Winter* weiter vorangetrieben.<sup>76</sup> Ziel der Expertengruppe war es, Empfehlungen für moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in der EU auszuarbeiten. Im Hinblick auf die Einführung einer Europäischen Privatgesellschaft äußerte sich die Expertengruppe in ihrem im November 2002 veröffentlichten Abschlussbericht (*Winter-Bericht*)<sup>77</sup> grundsätzlich positiv.<sup>78</sup> Allerdings wurde der zusätzliche Nutzen einer europäischen Gesellschaftsform gegenüber den gesellschaftsrechtlichen Richtlinien über die grenzüberschreitende Verschmelzung (Zehnte Richtlinie) bzw. über die grenzüberschreitende Sitzverlegung (Vierzehnte Richtlinie) in Frage gestellt.<sup>79</sup> Abschließend empfahl die Expertengruppe *kurzfristig*, eine Zehnte gesellschaftsrechtliche Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen sowie eine Vierzehnte gesellschaftsrechtliche Richtlinie über die Sitzverlegung anzunehmen und lediglich *mittelfristig*, eine Durchführbarkeitsstudie zur Beurteilung des praktischen Bedarfs an einer europäischen Privatgesellschaft und der damit verbundenen Probleme zu erstellen.<sup>80</sup>

Der *Winter-Bericht* ist ein entscheidendes Puzzleteil zum Verständnis der Grundeinstellung der Europäischen Kommission. Die darin im Hinblick auf die SPE gewonnenen Erkenntnisse: grundsätzlich „ja“ zur SPE, aber nicht vor der Zehnten und Vierzehnten Richtlinie, da kein zusätzlicher Nutzen zu erwarten sei, werden die SPE aus Sicht der Europäischen Kommission noch eine Weile begleiten.

### III. Aktionsplan zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und der Verbesserung der Corporate Governance in der EU (2003)<sup>81</sup>

Bereits im September 2002 forderte der Rat für „Wettbewerbsfähigkeit“ die Europäische Kommission auf, eine eingehende Diskussion über den *Winter-Bericht* anzustoßen und in Abstimmung mit den Mitgliedstaaten so bald wie möglich einen Aktionsplan Gesellschafts-

---

<sup>75</sup> Siehe hierzu auch Teil 1, § 1 C. (S. 36 f.).

<sup>76</sup> Vgl. *Krause*, in: GS Blomeyer (2004), S. 387, 390 f.

<sup>77</sup> Offizieller Titel: „Moderne gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen in Europa“.

<sup>78</sup> *Winter-Bericht*, S. 129; siehe hierzu sowie zu den Aussagen des *Winter-Berichts* zur EPG *Krause*, in: GS Blomeyer (2004), S. 387, 390 f.

<sup>79</sup> *Winter-Bericht*, S. 124.

<sup>80</sup> *Winter-Bericht*, S. 138 f.

<sup>81</sup> KOM (2003) 284 endgültig v. 21.5.2003, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0284:FIN:DE:PDF>; siehe hierzu: *Maul/Lanfermann/Eggenhofer*, BB 2003, 1289.

recht zu erarbeiten.<sup>82</sup> Diesem Wunsch entsprach die EU Kommission und legte im Mai 2003, sozusagen als Antwort auf den *Winter-Bericht*,<sup>83</sup> den Aktionsplan zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und der Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union vor.<sup>84</sup> Obwohl bei beiden, dem *Winter-Bericht* und dem Aktionsplan, das Thema Corporate Governance im Vordergrund stand, befassten sich beide nicht nur beiläufig mit dem Bedürfnis nach einer Einführung der Europäischen Privatgesellschaft. Während die Expertengruppe sich in dem *Winter-Bericht* dahingehend zwar tendenziell positiv, jedoch im Hinblick auf die konkreten Umsetzungspläne zurückhaltend äußerte und zunächst den Bestrebungen im Hinblick auf die Harmonisierung des europäischen Gesellschaftsrechts durch die Einführung einer Zehnten und Vierzehnten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie den Vorrang einräumte, stufte die EU Kommission das Vorhaben der Europäischen Privatgesellschaft nunmehr bereits eine Dringlichkeitsstufe höher ein. Sie war zu der Ansicht gelangt, das praktische Bedürfnis dieser Rechtsform könne unabhängig von dem Erlass der Zehnten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie beurteilt werden. Daher sollte die Durchführbarkeitsstudie in naher Zukunft (kurzfristig) eingeleitet und mittelfristig bereits der Entwurf eines Vorschlags für ein EPG Statut ins Auge gefasst werden, sofern die Notwendigkeit dieser Rechtsform durch die Studie bestätigt werden sollte.<sup>85</sup> Diese Hochstufung der Dringlichkeit gegenüber dem *Winter-Bericht* dürfte auf die positive Resonanz der an dem Konsultationsverfahren der Expertengruppe Beteiligten auf die Europäische Privatgesellschaft zurückzuführen sein.<sup>86</sup>

#### IV. Small Business Act

Das Projekt der Europäischen Privatgesellschaft in seiner heutigen Form geht auf den Small Business Act<sup>87</sup> der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2008 zurück. Der Small Business Act ist ein speziell auf KMU zugeschnittenes Maßnahmenpaket zur Stärkung und zum Ausbau des Binnenmarktes. Er enthielt verschiedene Maßnahmen, um den Binnenmarkt für

---

<sup>82</sup> KOM (2003) 284 endgültig v. 21.5.2003, S. 4.

<sup>83</sup> Vgl. *Krause*, in: GS Blomeyer (2004), S. 387, 391; Lutter/Bayer/Schmidt, § 18 Rn. 6.

<sup>84</sup> KOM (2003) 284 endgültig v. 21.5.2003.

<sup>85</sup> KOM (2003) 284 endgültig v. 21.5.2003, S. 25; siehe auch *Krause*, in: GS Blomeyer (2004), S. 387, 391.

<sup>86</sup> Vgl. *Maul/Lanfermann/Eggenhofer*, BB 2003, 1289, 1295: „61 % pro EPG“; zu dem Konsultationsverfahren der Expertengruppe: *Dejmek*, GmbHR 2002, R 217.

<sup>87</sup> Mitteilung der Kommission über „Der Small Business Act für Europa“, KOM (2008) 394 endgültig v. 25.6.2008.

KMU leichter zugänglich zu machen.<sup>88</sup> Unter anderem beinhaltete der Small Business Act die Vorgabe, ein Statut für eine Europäische Privatgesellschaft zu erarbeiten.<sup>89</sup>

Allerdings war es nicht die Kommission, sondern das Europäische Parlament, das den politischen Anstoß zur Inangriffnahme des Projekts Europäische Privatgesellschaft gab. Die Europäische Kommission war trotz der positiven Resonanz auf die im Jahr 2005 durchgeführte Machbarkeitsstudie<sup>90</sup> und der auch im Übrigen bestehenden positiven Erwartungshaltung im Hinblick auf die Einführung einer Europäischen Privatgesellschaft<sup>91</sup> zunächst untätig geblieben. Erst durch den Initiativbericht des Europäischen Parlaments aus dem Jahr 2007 wurde das Projekt EPG angestoßen.<sup>92</sup> In seinem Initiativbericht forderte das Parlament die Kommission auf, noch im Laufe des Jahres 2007 einen Legislativvorschlag über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft unter Beachtung der im Anhang aufgeführten detaillierten Empfehlungen vorzulegen.<sup>93</sup> Die Aufforderung durch das Parlament entfaltete ungeachtet des darüber bestehenden Meinungsstreits<sup>94</sup> aufgrund der Rahmenvereinbarung über die Beziehungen zwischen dem Europäischen Parlament und der Kommission<sup>95</sup> Bindungswirkung gegenüber der Kommission, so dass diese nicht umhin konnte, tätig zu werden.

Noch auf der 5. EU Gesellschaftsrechtskonferenz in Berlin im Sommer 2007 drohte der deutsche EU-Abgeordnete *Klaus-Heiner Lehne* an, rechtliche Schritte einzuleiten, wenn die Kommission weiterhin untätig bliebe. Allerdings nahm die Kommission kurze Zeit später die Arbeit an der EPG auf.<sup>96</sup> So kündigte der damalige Binnenmarktkommissar *Charles McCreevy* im Herbst 2007 in seiner Rede vor dem Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments die Vorlage eines Verordnungsentwurfs bis Mitte 2008 an.<sup>97</sup> Kurze Zeit nach der Rede *McCreevys* legte die Europäische Kommission ihr Legislativ- und Arbeitsprogramm für das Jahr 2008 vor.<sup>98</sup> Darin nahm die Kommission zur Umsetzung ihres ehrgeizig gefassten Ziels,

---

<sup>88</sup> KOM (2008) 394 endgültig v. 25.6.2008, S. 6 ff.

<sup>89</sup> KOM (2008) 394 endgültig v. 25.6.2008, S. 5; so bereits in der Mitteilung der Kommission über „Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts“, KOM (2007) 724 endgültig v. 20.11.2007, S. 7.

<sup>90</sup> Die Machbarkeitsstudie ist auf Französisch abrufbar unter:

[http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/craft/doc/spe\\_feasibility\\_final\\_rapport\\_2005\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/craft/doc/spe_feasibility_final_rapport_2005_fr.pdf)

<sup>91</sup> So hatte bspw. Deutschland, das in der ersten Hälfte des Jahres 2007 die EU Ratspräsidentschaft innehatte, die EPG auf seine Prioritätenliste gesetzt, vgl. Programm des Bundesministeriums der Justiz für die Deutsche EU Ratspräsidentschaft 2007/1, S. 9.

<sup>92</sup> P6\_TA(2007)0023, ABl. EU 2007 Nr. C 250 E/111 ff.

<sup>93</sup> Zu einer ausführlichen Auseinandersetzung mit dem Initiativbericht des EP siehe: *Hommelhoff*, in: FS Priester (2007), S. 245ff.; *ders.*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht Nr. 163 (2008); *Kuck/Weiss*, Der Konzern 2007, 498ff.

<sup>94</sup> Vgl. zur Darstellung des Meinungsstreits: *Hommelhoff*, in: FS Priester (2007), S. 245, 255ff.

<sup>95</sup> P6\_TA(2005)0194, Rahmenvereinbarung zwischen dem Europäischen Parlament und Kommission, ABl. EU Nr. C 117 E/123ff.

<sup>96</sup> *Fietz*, GmbHR 2007, R321

<sup>97</sup> „Kommission plant Gesetz zur Europäischen Privatgesellschaft“, Mitteilung der Redaktion, EuZW 2007, 682; *Fietz*, GmbHR 2007, R321.

<sup>98</sup> Legislativ- und Arbeitsprogramm der Kommission v. 23.10.2007, KOM (2007) 640 endgültig v. 23.10.2007.

den Zugang zum europäischen Binnenmarkt für KMU zu erleichtern, unter anderem die Erarbeitung eines Verordnungsvorschlags für das Statut einer Europäischen Privatgesellschaft sowie als nichtlegislative Maßnahme die Erarbeitung einer Mitteilung über den „Small Business Act“ für Europa auf.<sup>99</sup> Wenige Wochen nach der Vorlage ihres Legislativ- und Arbeitsprogramms für das Jahr 2008 erschien Ende November 2007 die Mitteilung der Kommission „Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts“.<sup>100</sup> Die KMU-orientierte Politik der Kommission setzte sich, wie angekündigt, im Sommer 2008 fort, indem am 25. Juni 2008 die Mitteilung der Kommission über den „Small Business Act“ für Europa unter dem Slogan „*Vorfahrt für KMU in Europa*“ veröffentlicht wurde.<sup>101</sup> Diese beinhaltete neben zehn Grundsätzen zur Planung und Durchführung politischer Maßnahmen in der EU Vorschläge für neue Rechtsvorschriften zur Stärkung der KMU in Europa. Einen hohen Stellenwert unter den Vorschlägen für neue Rechtsvorschriften nahm die Erarbeitung eines Statuts für eine Europäische Privatgesellschaft ein.<sup>102</sup> Der Small Business Act war es daher auch, der wie eingangs bereits erwähnt, den entscheidenden Ausschlag für die Erarbeitung des ersten (offiziellen) Verordnungsvorschlags für die SPE gab.

### **B. Vom ersten (offiziellen) Verordnungsvorschlag bis zum Status quo der Entwicklung**

Die vor mittlerweile fast 40 Jahren privatinitiativ eingeleiteten Bestrebungen im Hinblick auf eine Europäische Privatgesellschaft mussten eine ganze Reihe wissenschaftlich, praktisch, aber auch politisch orientierter Phasen durchlaufen, bis sie zunächst in einem ersten offiziellen Legislativvorschlag der Europäischen Kommission<sup>103</sup> am 25. Juni 2008 gipfelten. Während darin ein Inkrafttreten der Verordnung über das Statut der *Societas Privata Europaea* („SPE“) für den 1. Juli 2010 vorgesehen war, weiß man heutzutage, dass zumindest diese Zeitvorgabe gescheitert ist. Ob das Projekt „SPE“ insgesamt scheitern wird, ist noch nicht abzusehen. Bislang folgten auf den ersten Verordnungsvorschlag der Kommission eine modifizierte Fassung des Europäischen Parlaments und eine Reihe weiterer Kompromissvorschläge seitens der jeweils amtierenden EU-Ratspräsidentenschaften. Bis zum heutigen Tag konnte allerdings noch kein für alle 27 Mitgliedstaaten tragfähiger Kompromiss gefunden werden, so dass das Schicksal der SPE weiterhin ungewiss bleibt.

Im Folgenden werden die einzelnen Verordnungsvorschläge dargestellt, wobei die Darstellung keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt; es handelt sich vielmehr um eine Darstel-

---

<sup>99</sup> Vgl. KOM (2007) 640 endgültig v. 23.10.2007, S. 23.

<sup>100</sup> KOM (2007) 724 endgültig v. 20.11.2007.

<sup>101</sup> KOM (2008) 394 endgültig v. 25.6.2008.

<sup>102</sup> Vgl. KOM (2008) 394 endgültig v. 25.6.2008, S. 5.

<sup>103</sup> KOM (2008) 396 endgültig v. 25.6.2008.

lung der wesentlichen Schritte des Entwicklungsprozesses, die zum besseren Verständnis der Problematik dienen sollen. Der Schwerpunkt liegt auf einem der Kernprobleme, der Entwicklung der Regelungen zur Arbeitnehmermitbestimmung in der SPE.<sup>104</sup>

### **I. Verordnungsvorschlag der Europäischen Kommission vom 25. Juni 2008 (SPE-VOE)**

Den ersten (offiziellen) Verordnungsvorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft legte die Europäische Kommission am 25. Juni 2008 vor.<sup>105</sup> Dieser entsprach im Wesentlichen den Empfehlungen des Europäischen Parlaments, welche in dessen legislativer Entschließung vom 1. Februar 2007<sup>106</sup> enthalten waren.<sup>107</sup>

Als Gründungsmodalitäten (Art. 5 SPE-VOE) sah der Entwurf neben der Umwandlung, der Verschmelzung und der Spaltung auch eine Gründung *ex nihilo* und zwar ohne grenzüberschreitenden Bezug vor. Des Weiteren konnten Register- und Verwaltungssitz bereits von Anfang an in verschiedenen Mitgliedstaaten liegen (Art. 7 SPE-VOE). Das notwendige Mindeststammkapital (Art. 19 SPE-VOE) betrug abweichend von den Empfehlungen des Parlaments, welche ein Mindeststammkapital von 10.000 € vorgesehen hatten,<sup>108</sup> lediglich 1 €. Hinsichtlich der Leitungsstruktur bestand ein Wahlrecht zwischen einer monistischen und einer dualistischen Leitungsstruktur (Art. 26 SPE-VOE). Zur Gewährleistung des Gläubigerschutzes sah der Verordnungsvorschlag vor Ausschüttungen zwingend einen Bilanztest vor, wobei wahlweise zusätzlich eine Verpflichtung zu einem Solvenzttest durch Satzung erfolgen konnte (Art. 21 SPE-VOE).

Hinsichtlich der Arbeitnehmermitbestimmung (Art. 34, 38 SPE-VOE), welche im Fokus dieser Arbeit steht, sah der Verordnungsvorschlag der Kommission folgende Regelung vor:

Grundsätzlich richtete sich das Arbeitnehmermitbestimmungsmodell nach dem nationalen Recht des Staates, in dem die SPE ihren Satzungssitz hat (Art. 34 Abs. 1 SPE-VOE). Bei Verlegung des Satzungssitzes (Art. 34 Abs. 2 SPE-VOE iVm Art. 38 SPE-VOE) sollte eine Verhandlungslösung eingreifen, sofern zuvor in dem Herkunftsmitgliedstaat mindestens ein Drittel der Gesamtmitarbeiter der SPE einschließlich Tochtergesellschaften oder Zweigniederlassungen der SPE in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigt waren und in dem Auf-

---

<sup>104</sup> Siehe Zielsetzung der Arbeit, S. 12 f.

<sup>105</sup> KOM (2008) 396 endgültig v. 25.6.2008; eine grundlegende Auseinandersetzung mit der Europäischen Privatgesellschaft auf Basis des Kommissionsentwurfs findet sich bei: *Salomon* (2010).

<sup>106</sup> P6\_TA(2007)0023; siehe hierzu bereits oben Teil 1, § 1 A. IV. (S. 19).

<sup>107</sup> Eine grundlegende Auseinandersetzung mit dem Verordnungsvorschlag der Kommission findet sich bei: *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897; *Maul/Röhrich*, BB 2008, 1574; *Peters/Wüllrich*, DB 2008, 2179; *dies.*, NZG 2008, 807; *Schmidt*, EWS 2008, 455; *Hadding/Kießling*, WM 2009, 145.

<sup>108</sup> A6-0434/2006 endgültig v. 29.11.2006, Empfehlung 3.



nahmemitgliedstaat entweder keine Arbeitnehmermitbestimmung existiert oder nur auf einem niedrigeren Niveau. Ziel der Verhandlungen sollte eine „Vereinbarung über die Modalitäten der Mitbestimmung der Arbeitnehmer“ sein (Art. 38 Abs. 3 SPE-VOE). Für den Fall, dass es zwischen dem Leitungsorgan der SPE und den Arbeitnehmervertretern zu keiner Lösung kommen sollte, sollte als Auffanglösung das nationale Arbeitnehmermitbestimmungsmodell des Herkunftsmitgliedstaates beibehalten werden (Art. 38 Abs. 6 SPE-VOE). Für den Fall einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (Art. 34 Abs. 3 SPE-VOE) sollte die Richtlinie 2005/56/EG zur Anwendung kommen.

Der von der Kommission vorgelegte Entwurf rief heftige Reaktionen beider Lager hervor. Während er von Seiten der Arbeitgeberverbände insgesamt positiv aufgenommen wurde,<sup>109</sup> übte die Seite der Arbeitnehmer insgesamt massive Kritik an dem Kommissionsentwurf.<sup>110</sup> Einig waren sich beide Seiten lediglich im Hinblick auf die unzureichenden Regelungen über die Arbeitnehmermitbestimmung,<sup>111</sup> wobei auch hier die Positionen der beiden Lager im Ergebnis weit auseinander lagen. So kritisierten die Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) und der Bundesverband der deutschen Industrie e.V. (BDI) insbesondere die Praktikabilität der Mitbestimmungsregelung im Hinblick auf einen möglichen Export nationaler Mitbestimmungsmodelle im Falle eines Scheiterns der Verhandlungen bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung.<sup>112</sup> Auf diese Weise könne es zu SPEs mit verschiedenen Mitbestimmungsmodellen innerhalb eines Mitgliedstaates kommen. Der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) hingegen hielt den Entwurf im Hinblick auf die unternehmerische Mitbestimmung für völlig unzureichend.<sup>113</sup> Hauptkritikpunkt der Arbeitnehmerseite ist die von Beginn an im Verordnungsvorschlag vorgesehene Entkopplung von Register- und Verwaltungssitz,<sup>114</sup> wobei die Mitbestimmungsregeln an den Registersitz anknüpfen. Auf diese Wei-

---

<sup>109</sup> Positionspapier von BDA und BDI vom 11.9.2008, abrufbar unter: [http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/Stellungnahme%20EPG.pdf/\\$file/Stellungnahme%20EPG.pdf](http://www.arbeitgeber.de/www/arbeitgeber.nsf/res/Stellungnahme%20EPG.pdf/$file/Stellungnahme%20EPG.pdf).

<sup>110</sup> Stellungnahme des DGB vom 29.7.2008, abrufbar unter: [http://www.dgb.de/themen/++co++article-mediapool-1e0c6dcbef55647f82afa16fdc929e1b/@@index.html?search\\_text=stellungnahme+privatgesellschaft&x=0&y=0](http://www.dgb.de/themen/++co++article-mediapool-1e0c6dcbef55647f82afa16fdc929e1b/@@index.html?search_text=stellungnahme+privatgesellschaft&x=0&y=0).

<sup>111</sup> Vgl. zu einer eingehenden Auseinandersetzung mit der Arbeitnehmermitbestimmungsproblematik auf Basis des Kommissionsentwurfs: *Hommelhoff/Krause/Teichmann*, GmbHR 2008, 1193; *Forst*, ZESAR 2009, 261.

<sup>112</sup> Positionspapier BDA u. BDI (Fn. 109), S. 6ff.

<sup>113</sup> Stellungnahme DGB (Fn. 110), S. 4ff.

<sup>114</sup> So auch der *Arbeitskreis für Europäisches Unternehmensrecht* in seiner Stellungnahme, Oktober 2008, abrufbar unter [http://www.europeanprivatecompany.eu/working\\_papers/download/Comments-EUAK-EPG.pdf](http://www.europeanprivatecompany.eu/working_papers/download/Comments-EUAK-EPG.pdf).

se sei der Flucht aus der Mitbestimmung „Tür und Tor geöffnet“. <sup>115</sup> Befürwortet wird daher eine zwingende Koppelung von Satzungs- und Verwaltungssitz. <sup>116</sup>

Weitere kritische Stellungnahmen zu dem Vorschlag der Kommission kamen auch schnell aus dem Lager deutscher Notare, wobei ihre Kritik zunächst an gesellschaftsrechtliche Fragestellungen anknüpfte. So übten diese, angefangen vom Bedarf nach einer solchen neuen Rechtsform über die Konzeptionierung des Entwurfs bis hin zur Transparenz der Anteilsverhältnisse, Kritik. <sup>117</sup> Aufgrund der mangelhaften Transparenz bestünden sowohl Risiken hinsichtlich eines möglichen Abtauchens der Geschäftsführer und auf diese Weise der Gefahr eines Entziehens von der Insolvenzantragspflicht als auch hinsichtlich der Gefahr, eine SPE zu Geldwäschezwecken zu missbrauchen. <sup>118</sup> Im Folgenden wird sich jedoch noch zeigen, dass die deutsche Notarlobby ihr Pferd im Kampf gegen die SPE wechseln wird. <sup>119</sup>

## **II. Kompromissvorschlag des Europäischen Rates unter französischer Ratspräsidentschaft vom 11. Dezember 2008 (SPE-VOE F)**

Die französische Ratspräsidentschaft befasste sich als erste Ratspräsidentschaft mit dem Vorschlag über ein SPE-Statut im Dezember 2008. <sup>120</sup> Der Kompromissvorschlag der französischen Ratspräsidentschaft <sup>121</sup> enthielt nahezu keine Änderungen gegenüber dem Kommissionsvorschlag. Eine nennenswerte Änderung enthielt lediglich Art. 7 SPE-VOE F. Dieser wurde dahingehend geändert, dass nunmehr der Sitz der SPE beherrscht von nationalem Recht in Übereinstimmung mit dem Gesellschaftsrecht gewählt werden kann. Register- und Verwaltungssitz konnten demnach nicht von Anfang an in anderen Mitgliedstaaten gewählt werden, sondern waren diesbezüglich an nationale Vorgaben gebunden.

Obwohl die französische Ratspräsidentschaft die Förderung von KMU und die Umsetzung des Small Business Acts zur Priorität ihrer Ratspräsidentschaft gemacht hatte, <sup>122</sup> konnte eine

---

<sup>115</sup> Köstler, „Diesen Entwurf muss man ablehnen“, Mitbestimmung 10/2008, 52f; ebenfalls kritisch zum Vorschlag der Kommission: Koberski/Heuschmidt, RdA 2010, 207, 215f. bezeichnen den Vorschlag der Kommission als „Schlag ins Gesicht des sozialen Europas“.

<sup>116</sup> Forst, ZESAR 2009, 261, 266.

<sup>117</sup> Bormann/König, RIW 2010, 111, 112ff.; so auch bereits die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins vom 31.10.2007; abrufbar unter [http://www.dnotv.de/\\_files/Dokumente/Stellungnahmen/StNConsultationonapossiblestatueforaEuropeanCompanyEPC\\_Homepage.pdf](http://www.dnotv.de/_files/Dokumente/Stellungnahmen/StNConsultationonapossiblestatueforaEuropeanCompanyEPC_Homepage.pdf).

<sup>118</sup> Bormann/König, RIW 2010, 111, 116.

<sup>119</sup> Siehe unten Teil 1, § 1 B. VI. (S. 34 ff.).

<sup>120</sup> Vgl. etui „History of the European Private Company (SPE) statute“, S. 8, abrufbar unter <http://de.worker-participation.eu/Europa-AG-SE/European-Private-Company-SPE/History>.

<sup>121</sup> 17152/08 v. 11.12.2008, DRS 78, SOC 782.

<sup>122</sup> Vgl. EurActiv.com vom 2.12.2008, abrufbar unter <http://m.euractiv.com/details.php?aid=189259>.

Einigung über das SPE-Statut nicht erzielt werden.<sup>123</sup> Die Bemühungen der französischen Ratspräsidentschaft verhalten bis auf wenige Ausnahmen reaktionslos.

### III. Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10. März 2009

Das Europäische Parlament als Fürsprecher der SPE<sup>124</sup> billigte in seiner legislativen Entschließung vom 10. März 2009 den Vorschlag der Europäischen Kommission in der von ihm geänderten Fassung.<sup>125</sup> Die wesentlichen Veränderungen des Parlaments bezogen sich auf das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezuges, das Mindeststammkapital und die Arbeitnehmermitbestimmung.

Nach der geänderten Fassung des Europäischen Parlaments muss die SPE einen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen, welcher durch einen der in der Verordnung aufgezählten Punkte nachzuweisen ist (Art. 3 Abs. 1 lit. ea SPE-VOE P). Sollte die SPE bei der nach zwei Jahren erfolgenden Prüfung diesen Nachweis nicht erbringen können, wird sie in die entsprechende nationale Rechtsform umgewandelt (Art. 9 Abs. 3 lit. a SPE-VOE P). Des Weiteren muss das Stammkapital der SPE mindestens 8.000 € betragen, sofern sich die Gesellschaft nicht selbst zum sog. Solvenzttest verpflichtet hat (Art. 19 Abs. 4 SPE-VOE P). Die Arbeitnehmermitbestimmung hat allerdings die weitreichendsten Änderungen erfahren. Die geänderte Regelung stellt sich wie folgt dar:

Grundsätzlich verwies auch der Vorschlag des Parlaments auf die nationalen Regeln über die Arbeitnehmermitbestimmung, die in dem Satzungssitzstaat der SPE gelten (Art. 34 Abs. 1 SPE-VOE P). Im Gegensatz zu dem Vorschlag der Kommission wich der Vorschlag des Parlaments aber nicht nur für den Fall einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung oder einer grenzüberschreitenden Verschmelzung von dem Verweis auf die nationalen Vorschriften ab, sondern sah darüber hinaus weitere Ausnahmen vor, in denen von den nationalen Regelungen der Arbeitnehmermitbestimmung des Satzungssitzes abzuweichen ist. So sah der Parlamentsentwurf bereits im Gründungsstadium vier Ausnahmekonstellationen vor:<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> Vgl. auch *Kneisel* (2012), S. 5; *Matyk*, GPR 2009, 2.

<sup>124</sup> Siehe nur Teil 1, § 1 A. IV (S. 19); Teil 1, § 2 G. (S. 45).

<sup>125</sup> P6\_TA(2009)0094 v. 10.3.2009.

<sup>126</sup> Hervorhebungen und Klammerzusätze in der nachfolgenden Darstellung wurden zur besseren Lesbarkeit von der Autorin hinzugefügt.

**Konstellation 1:** Artikel 34 Abs. 1a, lit. a SPE-VOE P

Die SPE beschäftigt insgesamt **mehr als 1000 Arbeitnehmer**, und **mehr als ein Viertel** (25 %) ihrer gesamten Belegschaft arbeitet gewöhnlich in einem Mitgliedstaat oder in Mitgliedstaaten, der oder die einen größeren Umfang an Mitbestimmung der Arbeitnehmer vorsieht oder vorsehen als der Mitgliedstaat, in dem die SPE ihren eingetragenen Sitz hat.

In diesem Fall kommen die Regeln über die Arbeitnehmermitbestimmung der **Richtlinie 2001/86/EG** entsprechend zur Anwendung. *Zusätzlich kann* die SPE auch **Artikel 16 Absatz 4** der **Richtlinie 2005/56/EG** des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten zur Anwendung bringen.

**Konstellation 2:** Artikel 34 Abs. 1a, lit b SPE-VOE P

Die SPE beschäftigt insgesamt **zwischen 500 und 1000 Arbeitnehmer**, und **mehr als ein Drittel** (33 1/3 %) ihrer gesamten Belegschaft arbeitet gewöhnlich in einem Mitgliedstaat oder in Mitgliedstaaten, der oder die einen größeren Umfang an Mitbestimmung der Arbeitnehmer vorsieht oder vorsehen als der Mitgliedstaat, in dem die SPE ihren eingetragenen Sitz hat.

In diesem Fall kommen die Regeln über die Arbeitnehmermitbestimmung der **Richtlinie 2001/86/EG** und **Artikel 16 Absatz 3 Buchstabe e, Absatz 4** und **Absatz 5** der **Richtlinie 2005/56/EG** entsprechend zur Anwendung.

**Konstellation 3:** Artikel 34 Abs. 1a, lit. c SPE-VOE P

Die SPE **gemäß Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben b (Umwandlung), c (Verschmelzung) oder d (Spaltung) gegründet** wurde und insgesamt **weniger als 500** Arbeitnehmer beschäftigt, und **mehr als ein Drittel** (33 1/3 %) ihrer gesamten Belegschaft arbeitet gewöhnlich in einem Mitgliedstaat oder in Mitgliedstaaten, der oder die einen größeren Umfang an Mitbestimmung der Arbeitnehmer vorsieht oder vorsehen als der Mitgliedstaat, in dem die SPE ihren eingetragenen Sitz hat.

In diesem Fall kommen die Regeln über die Arbeitnehmermitbestimmung der **Richtlinie 2001/86/EG** und von **Artikel 16 Absatz 3 Buchstabe e, Absatz 4** und **Absatz 5** der **Richtlinie 2005/56/EG** entsprechend zur Anwendung.

**Konstellation 4:** Artikel 34 Abs. 1a, lit. d SPE-VOE P

Die SPE **gemäß Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a (*ex nihilo*) gegründet** wurde und insgesamt **weniger als 500** Arbeitnehmer beschäftigt, und **mehr als die Hälfte** (50 %) ihrer gesamten Belegschaft arbeitet gewöhnlich in einem Mitgliedstaat oder in Mitgliedstaaten, der oder die einen größeren Umfang an Mitbestimmung der Arbeitnehmer vorsieht oder vorsehen als der Mitgliedstaat, in dem die SPE ihren eingetragenen Sitz hat.

In diesem Fall kommen die Regeln über die Arbeitnehmermitbestimmung der **Richtlinie 2001/86/EG** und von **Artikel 16 Absatz 3 Buchstabe e, Absatz 4 und Absatz 5 der Richtlinie 2005/56/EG** entsprechend zur Anwendung.

Gemeinsam ist diesen vier Ausnahmekonstellationen, dass sie alle durch ein Mitbestimmungsgefälle zwischen Satzungssitz und Beschäftigungsort der Arbeitnehmer gekennzeichnet sind. Des Weiteren knüpfen sie je nach Konstellation an unterschiedliche Schwellenwerte an. Insgesamt verweisen alle vier denkbaren Konstellationen auf die bereits bestehenden supranationalen Mitbestimmungsregelungen der RL 2001/86/EG bzw. RL 2005/56/EG. Zudem besteht nach Art. 34a SPE-VOE P die Möglichkeit in eines dieser Mitbestimmungsmodelle nach Art. 34 SPE-VOE P hineinzuwachsen oder aber herauszufallen. Für den Fall der Verlegung des Satzungssitzes verweist Art. 38 Abs. 2 SPE-VOE P ebenfalls auf die Regelungen des Art. 34 Abs. 1a SPE-VOE P.

Das Europäische Parlament unternahm daher als erster den Versuch, dem erkannten Missstand des Auseinanderfallens von Satzungs- und Verwaltungssitz mit einem konkreten Lösungsvorschlag entgegenzutreten.

Seine legislative EntschlieÙung basierte auf einer breiten Mehrheit in eigenen Reihen<sup>127</sup> und versuchte der Rolle des Europäischen Parlaments als Fürsprecher der SPE entsprechend, insgesamt die Probleme und Schwächen des Kommissionsentwurfs einer einvernehmlichen Lösung zuzuführen. Auch wenn sich der Entwurf des Parlaments nicht als der Weisheit letzter Schluss erwies, wurde er aber gemeinhin als erster Schritt in die richtige Richtung empfunden.<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> Vgl. *Teichmann/Limmer*, GmbHR 2009, 537.

<sup>128</sup> *Teichmann/Limmer*, GmbHR 2009, 537, 540.

So wurde beispielsweise die verstärkte Befassung mit Instrumenten des Gläubigerschutzes als tendenziell positiv bewertet, jedoch Kritik an den noch bestehenden oder gar an den im Detail neu aufgeworfenen Problemen geübt. In diesem Zusammenhang werden die folgenden Probleme benannt: (1) das Stammkapital muss bei Gründung nicht voll eingezahlt sein, (2) das Nominalkapital muss nicht unfänglich ausschüttungsgesperrt sein und (3) die Durchführung des Solvenztests ist noch immer fakultativ.<sup>129</sup> Darüber hinaus wurden weiterhin die unter anderem für die Frage der Arbeitnehmermitbestimmung relevante mögliche Sitzaufspaltung von Register- und Verwaltungssitz sowie der grenzüberschreitende Bezug diskutiert. Für beide Bereiche bot der Parlamentsvorschlag einen Lösungsvorschlag an. Während die Implementierung des grenzüberschreitenden Bezugs aufgrund ihrer fraglichen praktischen Umsetzung zumindest als politisch, wenn auch nicht unbedingt rechtsdogmatisch wertvoll eingestuft wird,<sup>130</sup> bestehen im Hinblick auf die Regelung der Arbeitnehmermitbestimmung politische Bedenken.<sup>131</sup> Kuck spielt in einem Beitrag recht anschaulich die verschiedenen Konstellationen durch, in denen eine Verhandlungslösung eingreifen soll, und kommt zu dem Ergebnis, dass alle Fälle je nach nationaler Sichtweise Bedenken auslösen werden.<sup>132</sup> Insgesamt wird die auf Abwägungsgesichtspunkten beruhende und sich um einen Interessenausgleich bemühende Mitbestimmungslösung des Parlaments zwar als Lösungsansatz der aus der Sitzaufspaltung resultierenden Mitbestimmungsproblematik honoriert, aber nicht als adäquate Lösung empfunden.<sup>133</sup>

#### **IV. Kompromissvorschlag des Europäischen Rates unter tschechischer Ratspräsidentschaft vom 27. April 2009 (SPE-VOE T)**

Ein weiterer Kompromissvorschlag des Europäischen Rates wurde unter tschechischer Ratspräsidentschaft am 27. April 2009 veröffentlicht.<sup>134</sup> Während in diesem Entwurf im Gegensatz zu der legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments<sup>135</sup> der grenzüberschreitende Bezug wieder aufgegeben<sup>136</sup> und das Mindeststammkapital wieder auf 1€ her-

---

<sup>129</sup> Greulich, Der Konzern 2009, 229, 235; insgesamt kritisch zur Kapitalverfassung im Parlamentsentwurf: Jung, DStR 2009, 1700, 1702ff.

<sup>130</sup> Vgl. Teichmann/Limmer, GmbHR 2009, 537, 539.

<sup>131</sup> Vgl. Kuck, Der Konzern 2009, 131, 136.

<sup>132</sup> Kuck, Der Konzern 2009, 131, 135f.

<sup>133</sup> Teichmann/Limmer, GmbHR 2009, 537, 539f.; Kuck, Der Konzern 2009, 131, 135f.

<sup>134</sup> 9065/09, DRS 34, SOC 277 v.27.4.2009, abrufbar unter:

[http://www.europeanprivatecompany.eu/legal\\_texts/download/Council-April2009.pdf](http://www.europeanprivatecompany.eu/legal_texts/download/Council-April2009.pdf).

<sup>135</sup> P6\_TA(2009)0094; Siehe Teil 1, § 1 B. III. (S. 34).

<sup>136</sup> Anzinger, BB 2009, 2606, 2607.

abgesenkt wurde (Art. 19 Abs. 3 SPE-VOE T), erfuhren die Vorschriften hinsichtlich der Kapitalaufbringung und der Kapitalerhaltung Verschärfungen.<sup>137</sup>

Die gravierendsten Änderungen in diesem Kompromissvorschlag haben jedoch die Regelungen über die Arbeitnehmermitbestimmung erfahren. In der Grundregel (Art. 35 Abs. 1 SPE-VOE T) verwies auch dieser Vorschlag auf die nationalen Regeln der Arbeitnehmermitbestimmung am Registersitz der SPE. Allerdings benannte er wiederum Ausnahmen. Diese kann man grob in drei Kategorien einordnen.

### **Kategorie 1:** Fall der grenzüberschreitenden Verschmelzung

Für diesen Fall verweist Art. 35 Abs. 3 SPE-VOE T auf die Richtlinie 2005/56/EG. Diese Technik ist bereits aus dem Parlamentsentwurf bekannt und enthält mithin keine Neuerung.

### **Kategorie 2:** Ausnahmeregelung des Art. 35 Abs. 1a SPE-VOE T

Wie ebenfalls bereits aus dem Parlamentsentwurf bekannt, enthält auch Art. 35 Abs. 1a SPE-VOE T eine Ausnahmeregelung für den Fall eines Arbeitnehmermitbestimmungsgefälles zwischen Registersitz und Beschäftigungsort im Stadium der Gründung. Die Ausnahmeregelung des Art. 35 Abs. 1a SPE-VOE T greift jedoch zum einen unter anderen Voraussetzungen und verweist darüber hinaus nicht schlicht auf die entsprechenden Mitbestimmungsregeln der SE und der Verschmelzungsrichtlinie, sondern nimmt die Regelungen über die Verhandlungslösung im Gegensatz zu dem Parlamentsentwurf unmittelbar mit auf. Nach Art. 35 Abs. 1a SPE-VOE T findet die Ausnahmeregelung Anwendung, wenn mehr als 500 Arbeitnehmer der SPE, die  $\frac{3}{4}$  der Gesamtbelegschaft repräsentieren, gewöhnlich in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten als dem Registersitz arbeiten und der Registersitz nicht das gleiche Maß an Arbeitnehmermitbestimmung gewährleistet wie der oder die Mitgliedstaaten, an dem die oben genannten Arbeitnehmer beschäftigt sind. In diesem Fall greift die eigens im Statut der SPE-VOE T implementierte Verhandlungslösung der Art. 35a-d SPE-VOE T. Diese eigens für die SPE geltende Verhandlungslösung greift unter den genannten Voraussetzungen bereits im Gründungsstadium und nicht, wie im Kommissionsentwurf vorgesehen, erst im Fall der grenzüberschreitenden Sitzverlegung. Dies ist ein Novum gegenüber den beiden vorangegangenen Vorschlägen. Ein weiteres Novum ist die in Art. 35 d SPE-VOE T vorgesehene Auffangregel. Diese greift nach Vereinbarung oder bei Scheitern

---

<sup>137</sup> Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Kapitalverfassung findet sich bei: *Jung*, DStR 2009, 1700, 1705 sowie bei *Pfennig* (2011), S. 90 ff.

der Verhandlungen. Nach Art. 35d Abs. 3 SPE-VOE T fungiert als Auffanglösung das Mitbestimmungsrecht des Staates, in dem die meisten Arbeitnehmer beschäftigt sind.

### **Kategorie 3: Grenzüberschreitende Sitzverlegung**

Für den Fall der grenzüberschreitenden Sitzverlegung findet sich in Art. 35 Abs. 2 iVm Art. 39 SPE-VOE T eine ähnliche Regelung wie in dem Parlamentsentwurf, die hier jedoch unter den dort genannten Voraussetzungen auf die Art. 35a-d SPE-VOE T, mithin auf die eigene Verhandlungslösung verweist.

Der tschechische Verordnungsvorschlag verhallte bis auf vereinzelte Stellungnahmen in der Literatur nahezu reaktionslos. Während die Kapitalverfassung aufgrund ihrer konservativen Ausrichtung auf der einen Seite verschärfter Kritik in der Literatur ausgesetzt war,<sup>138</sup> wurde sie andererseits als weiterer Schritt in die richtige Richtung gewürdigt.<sup>139</sup>

Der größte Entwicklungsschritt des tschechischen Vorschlags dürfte in der weitgehenden Implementierung der Mitbestimmungsregelungen in das Statut der SPE zu sehen sein. Während in dem Parlamentsentwurf noch weitgehend auf die Regelungen der Richtlinie 2001/86/EG verwiesen wurde, nahm der tschechische Vorschlag diese unmittelbar auf.

Rein praktisch trägt dies zum einen zu einer besseren Lesbarkeit der Regelungen bei, zum anderen kann hierdurch Problemen durch eine Weiterentwicklung der Richtlinien, auf die verwiesen wird, begegnet werden. Bei einem Verweis käme sonst naturgemäß die Frage auf, worauf genau denn verwiesen werden sollte: auf die damalige oder die aktuelle Regelung? Die Frage, ob es sich um einen dynamischen oder statischen Verweis handelt, kann jedoch von vornherein unterbunden werden, wenn die Regelungen unmittelbar implementiert werden.

---

<sup>138</sup> Jung, DStR 2009, 1700, 1706.

<sup>139</sup> Anzinger, BB 2009, 2606, 2610.



## V. Kompromissvorschlag des Europäischen Rates unter schwedischer Ratspräsidentschaft vom 27. November 2009 (SPE-VOE S)

Einen weiter gehenden Kompromissvorschlag, der zudem größere Beachtung fand, legte der Europäische Rat am 27. November 2009 unter schwedischer Ratspräsidentschaft vor.<sup>140</sup> Die vorangegangenen Diskussionsentwürfe der schwedischen Ratspräsidentschaft vom 9. November 2009<sup>141</sup> und vom 20. November 2009<sup>142</sup> finden aus Gründen der Übersichtlichkeit keine Berücksichtigung.<sup>143</sup>

Der schwedische Entwurf basiert im Wesentlichen auf dem tschechischen, wird jedoch als noch konservativer bezeichnet.<sup>144</sup> Dies dürfte auf die Verschärfungen, welche der Entwurf gegenüber den vorangegangenen erfahren hat, zurückzuführen sein. So wurden die Gründungsmöglichkeiten von bislang vier auf drei<sup>145</sup> reduziert, indem die Möglichkeit der Gründung durch Spaltung gestrichen wurde. Des Weiteren verlangt der schwedische Entwurf, wie bereits der Parlamentsentwurf, einen grenzüberschreitenden Bezug.<sup>146</sup> Ferner wurde erstmals eine Koppelung von Register- und Verwaltungssitz, wenn auch nicht verpflichtend<sup>147</sup> und nur für einen Zeitraum von zwei Jahren, vorgesehen.<sup>148</sup> Hinsichtlich des Mindeststammkapitals gab es ebenfalls eine Neuerung. So ermöglichte es der Entwurf den Mitgliedstaaten, das Mindeststammkapital selbst auf einen Betrag zwischen 1 € und 8.000 € festzusetzen.<sup>149</sup> Die Regelungen über die Arbeitnehmermitbestimmung haben gegenüber dem tschechischen Entwurf keine gravierenden Änderungen erfahren. Vielmehr baut der schwedische Entwurf insoweit auf dem eigenen Verhandlungsmodell des tschechischen Entwurfs auf und präzisiert dieses Modell hinsichtlich einiger Punkte.<sup>150</sup> Während der Verweis auf die Richtlinie 2005/56/EG für den Fall einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nahezu unverändert geblieben ist,<sup>151</sup> hat der Entwurf im Hinblick auf die grenzüberschreitende Sitzverlegung im Prinzip rein redaktionelle Änderungen erfahren, indem die Regelung des Art. 39 SPE-VOE T

---

<sup>140</sup> 16115/09, DRS 71, SOC 711 v. 27.11.2009, abrufbar unter:

[http://europeanprivatecompany.eu/legal\\_texts/download/Rat-November09.pdf](http://europeanprivatecompany.eu/legal_texts/download/Rat-November09.pdf).

<sup>141</sup> 15355/09, DRS 66, SOC 646 v. 9.11.2009.

<sup>142</sup> 16155/09, DRS 72, SOC 713 v. 20.11.2009.

<sup>143</sup> Siehe zu diesen die Übersicht des etui, abrufbar unter <http://de.worker-participation.eu/Europa-AG-SE/European-Private-Company-SPE/History> sowie Krause, ECFR 2013, Special Vol. 3, 375, 385 ff.

<sup>144</sup> Vgl. nur: Jung, BB 2010, 1233, 1240.

<sup>145</sup> Art. 5 a-c SPE-VOE S.

<sup>146</sup> Art. 3 Abs. 3 SPE-VOE S.

<sup>147</sup> Vgl. hierzu auch Koberski/Heuschmidt, RdA 2010, 207, 211.

<sup>148</sup> Art. 7 Abs. 1 Satz 2 SPE-VOE S.

<sup>149</sup> Art. 19 Abs. 3 SPE-VOE S; zur Kapitalverfassung siehe Pfennig (2011), S. 92 ff.

<sup>150</sup> Art. 35-35d, 37 SPE-VOE S; eine Auseinandersetzung mit den Regeln der Arbeitnehmermitbestimmung des schwedischen Entwurfs findet sich bei: Hommelhoff/Teichmann, GmbHR 2010, 337, 340ff; Koberski/Heuschmidt, RdA 2010, 207; Hommelhoff, ZEuP 2011, 7, 8 (diese enthält zudem eine vergleichende Auseinandersetzung mit den Arbeitnehmermitbestimmungsmodellen nach dem Kommissionsentwurf sowie nach dem Parlamentsentwurf); ders., in: FS Schneider (2011), S. 547.

<sup>151</sup> Art. 35 Abs. 3 SPE-VOE S.

gestrichen und inhaltlich in Art. 35 Abs. 1a, lit. b SPE-VOE S integriert wurde. Eine weitere Veränderung beinhaltet der Entwurf bezüglich des Schwellenwertes, ab dem die Ausnahmeregelung des Art. 35 Abs. 1a, lit. a SPE-VOE S eingreifen soll. Diese besagt, dass die Verhandlungslösung der Art. 35 a-d SPE-VOE S bereits Anwendung finden soll, wenn in der SPE während eines ununterbrochenen Zeitraumes von drei Monaten nach ihrer Eintragung „mindestens 500 Arbeitnehmer [hat], von denen mindestens die Hälfte regelmäßig in einem Mitgliedstaat arbeiten, der ein höheres Niveau der Arbeitnehmermitbestimmung vorsieht als der Sitzmitgliedstaat der SPE.“ Ferner fungiert als Auffanglösung nach Art. 35d Abs. 2 SPE-VOE S nunmehr das Mitbestimmungsrecht des betroffenen Staates mit dem höchsten Mitbestimmungsniveau. Allerdings ist es nach Art. 35d Abs. 3 SPE-VOE S möglich, den Anteil der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan auf ein Drittel zu beschränken. Ein weiteres Novum gegenüber dem tschechischen Entwurf ist die Überprüfungsregelung des Art. 35 Abs. 1b SPE-VOE S. Dieser schreibt dem Geschäftsführungsorgan der SPE vor, mindestens alle drei Jahre eine Überprüfung vorzunehmen, um festzustellen, ob die Voraussetzungen von Art. 35 Abs. 1a, lit. a SPE-VOE S erfüllt sind. Darüber hinaus hat das Verhandlungsverfahren verschiedene Präzisierungen im Detail erfahren, auf die an dieser Stelle nicht näher eingegangen wird.

Der schwedische Vorschlag erfuhr deutlich mehr Beachtung als der tschechische. Allerdings scheiterte er auf der Tagung des Rates für Wettbewerbsfähigkeit am 3./4. Dezember 2009.<sup>152</sup> Die erforderliche Einstimmigkeit konnte nicht erzielt werden. Auf der öffentlich stattfindenden Tagung bekundete der deutsche Vertreter,<sup>153</sup> dass Deutschland dem Vorhaben SPE zwar grundsätzlich äußerst positiv gegenüberstehe, es allerdings noch einige Kritikpunkte gebe, die einer Zustimmung aus deutscher Sicht derzeit noch entgegenstünden. Die Kritikpunkte beziehen sich auf die Bereiche Arbeitnehmer- und Gesellschaftsgläubigerschutz. Erstens sei aus Gründen des Kapitalschutzes ein für alle Mitgliedstaaten einheitliches Mindeststammkapital von mindestens 8.000 € zur Gewährleistung einer gewissen Seriositätsschwelle der Gesellschaft unbedingt erforderlich. Zweitens sei eine, wenn auch nur zeitweise Sitzaufspaltung, welche Art. 7 SPE-VOE S noch immer ermögliche, aus deutscher Sicht aufgrund des möglichen *forum shopping* nicht hinnehmbar. Und drittens bestünde aus deutscher Sicht weiterhin Diskussionsbedarf hinsichtlich des Arbeitnehmermitbestimmungsmodells, auch wenn dieses schon weit entgegenkommend sei. Beispielhaft führte der deutsche Vertreter zwei überarbeitungsbedürftige Punkte an: zum einen regte er zur Gewährleistung eines hohen Arbeitnehmerschutzniveaus an, Art. 35 Abs. 1a, lit. a SPE-VOE S dahingehend abzuändern, dass es zur Auslösung der Verhandlungen genüge, wenn 500

---

<sup>152</sup> Pressemitteilung des Rats, 17076/09 (Presse 365), abrufbar unter:

[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/de/intm/112482.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/intm/112482.pdf).

<sup>153</sup> Video der öffentlichen Tagung abrufbar unter:

<http://video.consilium.europa.eu/index.php?pl=2&sessionno=2649&lang=EN>.

Arbeitnehmer in einem anderen Mitgliedstaat mit gleichwertigem Mitbestimmungsniveau arbeiteten und zum anderen Art. 35 Abs. 1a, lit. b SPE-VOE S dahingehend abzuändern, dass zur Auslösung der Verhandlungen bei Verlegung des Satzungssitzes das bislang erforderliche Drittel der Arbeitnehmer mindestens 500 Arbeitnehmer sein müssten. Dies solle dem Schutz kleinerer Unternehmen vor unnötiger Bürokratie dienen.

Weitergehende Kritik hat der schwedische Kompromissvorschlag hinsichtlich der unzureichenden Sicherung der Arbeitnehmermitbestimmung im Falle einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung der SPE aus der Literatur erfahren. Insoweit wird sowohl die Schwelle zur Auslösung des Verhandlungsverfahrens als auch das Fehlen einer besonderen Auffanglösung in diesen Konstellationen beanstandet.<sup>154</sup> Als besondere Auffanglösung sollte zumindest, wie bereits im Kommissionsvorschlag ursprünglich vorgesehen, das sog. Vorher-Nachher-Prinzip wieder aufgenommen werden.<sup>155</sup> Des Weiteren werden generelle Bedenken im Hinblick auf einen Missbrauch der SPE als Instrument zur Umgehung unternehmerischer Mitbestimmung unter dem Deckmantel eines europäischen Seriositätslabels geltend gemacht.<sup>156</sup> Eine SPE ermögliche vielfältige Umgehungskonstruktionen, so dass ein Rückgriff auf ausländische Rechtsformen, denen in diesem Zusammenhang bereits ein negatives Image anhaftet, nicht mehr notwendig wäre.<sup>157</sup> Relevant sind hierbei zwei Fallgruppen: Zum einen die deutsche Personengesellschaft mit ausländischer Komplementärin und zum anderen die ausländische Kapitalgesellschaft mit Niederlassung in Deutschland.<sup>158</sup> Ausländische Rechtsformen werden derzeit gern als Komplementärin einer deutschen Kommanditgesellschaft verwendet, um auf diese Weise die deutsche Mitbestimmung auszuhebeln. Schließlich wird nur die GmbH & Co. KG von den deutschen Mitbestimmungsgesetzen erfasst. Nicht erfasst werden hingegen die „ausländische Rechtsform“ & Co. KG. Prominente Negativeispiele sind etwa die „Air Berlin Plc. & Co. KG“, die „H&M B.V. & Co. KG“ oder aber auch die „Müller Ltd. & Co. KG“. <sup>159</sup> Des Weiteren ermöglicht die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit mittlerweile ausländischen Kapitalgesellschaften, ihren Verwaltungssitz nach Deutschland zu verlegen.<sup>160</sup> Dadurch können ausländische Kapitalgesellschaften, die nicht der deutschen Mitbestimmung unterliegen,<sup>161</sup> in Deutschland verwendet werden. Pro-

---

<sup>154</sup> *Koberski/Heuschmidt*, RdA 2010, 207, 213.

<sup>155</sup> *Sick/Thannisch*, AuR 2011, 155, 159; *Koberski/Heuschmidt*, RdA 2010, 207, 213.

<sup>156</sup> Siehe zu den angesprochenen Bedenken: *Sick/Thannisch*, AuR 2011, 155, 158f.; Replik von *Hommelhoff*, AuR 2011, 202; Duplik von *Sick/Thannisch*, AuR 2011, 246.

<sup>157</sup> *Sick/Thannisch*, AuR 2011, 155, 158 f.

<sup>158</sup> Vgl. *Sick/Pütz*, WSI Mitteilungen 2011, 34, 36.

<sup>159</sup> Siehe *Sick/Pütz*, WSI Mitteilungen 2011, 34, 36.

<sup>160</sup> Siehe hierzu Teil 2, § 1 A. IV. 1. a) (S. 155).

<sup>161</sup> Siehe hierzu Teil 2, § 1 A. IV. 1. a) (S. 155).

minente Negativbeispiele sind etwa die „McDonald's Deutschland Inc.“, McKinsey&Comp. Inc.“ sowie die „Cortal Consors S.A.“.<sup>162</sup>

## **VI. Kompromissvorschlag des Europäischen Rates unter ungarischer Ratspräsidentschaft vom 23. Mai 2011 (SPE-VOE U)**

Auf Basis der bereits vorliegenden Kompromisstexte haben sich die Attachés für Gesellschaftsrecht sowie der Ausschuss der ständigen Vertreter im Frühjahr 2011 mit den noch offenen Fragen befasst.<sup>163</sup> Weiterhin umstritten waren die Fragen nach dem Sitz einer SPE, der Mindestkapitalanforderung sowie der Arbeitnehmermitbestimmung.<sup>164</sup> Zur Kompromisserzielung hinsichtlich dieser Fragestellungen legte die ungarische Ratspräsidentschaft insgesamt drei<sup>165</sup> Kompromissvorschläge vor,<sup>166</sup> wobei hier aus Gründen der Übersichtlichkeit nur der aktuelle Kompromissvorschlag vom 23. Mai 2011 Berücksichtigung findet.<sup>167</sup> Im Hinblick auf den Sitz der SPE sieht Artikel 7 SPE-VOE U vor, dass die SPE ihren Sitz und ihre Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Europäischen Union im Einklang mit dem geltenden einzelstaatlichen Recht hat. Erwägungsgrund 6a des ungarischen Kompromissvorschlags konkretisiert sodann, was Artikel 7 SPE-VOE U bereits andeutet. Und zwar verlangt die Verordnung lediglich, dass sowohl der Sitz als auch die Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Europäischen Union sein müssen. Ob beide, Satzungssitz und Hauptverwaltung bzw. Hauptniederlassung, zudem in ein und demselben Mitgliedstaat sein müssen, ist allein eine Frage des jeweiligen nationalen Rechts.<sup>168</sup> Ergänzend führt Erwägungsgrund 6a ferner aus, dass die Mitgliedstaaten erforderlichenfalls geeignete Maßnahmen ergreifen sollten, um zu verhindern, dass eine in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassene SPE dazu missbraucht wird, die für SPE geltenden Auflagen zu umgehen.

Bezüglich des Mindeststammkapitals (Art. 19 SPE-VOE U) belässt es die ungarische Präsidentschaft bei dem Entwurf der schwedischen Ratspräsidentschaft und belässt den Mitgliedstaaten die Freiheit, das Mindeststammkapital zwischen 1 € und 8.000 € festzuschreiben.<sup>169</sup> Allerdings sollen zwei Jahre nach Anwendung der Verordnung die Auswirkungen der Erlaubnis der Festlegung unterschiedlich hoher Mindestkapitalanforderungen in den einzelnen Mit-

---

<sup>162</sup> Siehe *Sick/Pütz*, WSI Mitteilungen 2011, 34, 36.

<sup>163</sup> 10611/11 DRS 84 SOC 432 vom 23.5.2011, I. Einleitung, Nr. 5.

<sup>164</sup> 10611/11 DRS 84 SOC 432 vom 23.5.2011, I. Einleitung, Nr. 6.

<sup>165</sup> Teilweise werden sogar fünf Vorschläge angeführt. So etwa bei *Krause*, ECFR 2013, Special Vol. 3, 375, 388.

<sup>166</sup> Siehe hierzu die Übersicht des etui, abrufbar unter <http://de.worker-participation.eu/Europa-AG-SE/European-Private-Company-SPE/History> sowie *Lutter/Bayer/Schmidt*, § 43 Rn. 6.

<sup>167</sup> 10611/11 DRS 84 SOC 432 vom 23.5.2011; abgedruckt bei *Lutter/Bayer/Schmidt*, S. 1734 ff.

<sup>168</sup> Siehe hierzu auch *Lutter/Bayer/Schmidt*, § 43 Rn. 13.

<sup>169</sup> Artikel 19 Abs. 3 SPE-VOE U.

gliedstaaten durch die Kommission analysiert werden.<sup>170</sup> Ferner ist in Artikel 48 SPE-VOE U eine Überprüfungsregelung vorgesehen, nach der fünf Jahre nach Inkrafttreten der Verordnung eine Überprüfung des Mindeststammkapitalerfordernisses erfolgen soll.

Des Weiteren sieht der Entwurf im Hinblick auf die Regelungen über die Arbeitnehmermitbestimmung eine Änderung von Art. 35 Abs. 1a SPE-VOE U vor. Insofern soll Art. 35 Abs. 1a, lit. a SPE-VOE U dahingehend lauten, dass nunmehr alle 500 Arbeitnehmer der SPE in einem Mitgliedstaat mit höherem Arbeitnehmermitbestimmungsniveau gegenüber dem Registersitz der SPE arbeiten müssen und nicht mehr lediglich mindestens die Hälfte von ihnen. Für den Fall einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung sieht Art. 35 Abs. 1a, lit. b SPE-VOE U vor, dass mindestens ein Drittel der Arbeitnehmer, wenigstens aber 500 Arbeitnehmer, zum Zeitpunkt der Registrierung der SPE im Aufnahmemitgliedstaat regelmäßig im Herkunftsmitgliedstaat der SPE arbeiten und für die Arbeitnehmer im Herkunftsmitgliedstaat der SPE ein höheres Niveau der Arbeitnehmermitbestimmung als im Aufnahmemitgliedstaat der SPE galt. Zudem wurde in Art. 35e SPE-VOE U eine neue Regelung im Hinblick auf die grenzüberschreitende Information und Anhörung der Arbeitnehmer aufgenommen. Ferner wurde in der neu eingefügten Überprüfungsregelung des Artikels 48 SPE-VOE U neben der Überprüfung der Mindestkapitalanforderungen auch eine Überprüfung der nach Artikel 35a Abs. 1a SPE-VOE U festgelegten Schwellenwerte der Arbeitnehmermitbestimmung vorgesehen.

Die Bemühungen der ungarischen Ratspräsidentschaft konnten jedoch auch keine Einigung erzielen, so scheiterte auf der Tagung des Rats für Wettbewerbsfähigkeit am 30. und 31. Mai 2011 auch der Kompromissvorschlag der ungarischen Ratspräsidentschaft.<sup>171</sup> Hauptstreitpunkte waren erneut die Arbeitnehmermitbestimmung<sup>172</sup> und die Möglichkeit der Sitzaufspaltung.<sup>173</sup> Insbesondere Deutschland und Schweden stellten sich gegen den von der ungarischen Ratspräsidentschaft vorgelegten Kompromissvorschlag.<sup>174</sup> Ein weiterer textgleicher Versuch der ungarischen Ratspräsidentschaft vom 20. Juni 2011 scheiterte ebenfalls.<sup>175</sup>

Insbesondere die Notare lehnten sich gegen den Vorschlag der ungarischen Ratspräsidentschaft auf. Während sie im Rahmen des ursprünglichen Kommissionsvorschlags ihre Kritik noch auf gesellschaftsrechtliche Bedenken stützten, kritisieren sie jetzt das Arbeitnehmer-

---

<sup>170</sup> Artikel 19 Abs. 3a SPE-VOE U.

<sup>171</sup> Rats-Dokument 10547/11, S. 9; *Hellwig/Behme*, AG 2011, 740, 741; *Krause*, ECFR 2013, Special Vol. 3, 375, 388.

<sup>172</sup> Siehe auch *Gutsche*, in: FS Hommelhoff (2012), S. 285, 293.

<sup>173</sup> *Teichmann*, in: Financial Times Deutschland vom 31.5.2011.

<sup>174</sup> Wirtschaftsblatt.at vom 30.5.2011: „EU einigt sich nicht über Europäische Privatgesellschaft“; *Teichmann*, in: Financial Times Deutschland vom 31.5.2011; *Ulrich*, GmbHR 2011, R241 f.

<sup>175</sup> Rats-Dokument 11786/11 v. 20.6.2011; *Hellwig/Behme*, AG 2011, 740, 741; *Krause*, ECFR 2013, Special Vol. 3, 375, 388.

mitbestimmungsmodell des ungarischen Kompromissvorschlages. Der Vorschlag biete eine ganze Reihe von Schlupflöchern zur Umgehung der unternehmerischen Mitbestimmung für die Beraterbranche. Beispielhaft führen *Bormann/Böttcher* folgende Umgehungsmöglichkeiten an: Umgehung durch Gründung einer „ausländischen“ SPE in einem mitbestimmungsfreien Mitgliedstaat, Umgehung durch und bei der Verlegung des Satzungssitzes, Umgehung durch Konservierung eines niedrigen Mitbestimmungsniveaus sowie Umgehung durch Beschränkungen der Mitbestimmung bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung.<sup>176</sup> Dies sei zudem unter dem Deckmantel eines europäischen Seriositätslabels möglich. Aus Sicht der Beraterpraxis könne ein sicherer Schutz unternehmerischer Mitbestimmung nur durch einen gemeinschaftsrechtlich zwingenden und andauernden Gleichlauf von Satzungs- und Verwaltungssitz erzielt werden.<sup>177</sup> Überhaupt sind die Autoren<sup>178</sup> auffällig besorgt um die deutsche paritätische Mitbestimmung. Die Notare, die sich zu Hütern der deutschen Mitbestimmung aufschwingen, sind jedoch ein bislang unbekanntes Bild.<sup>179</sup> Bekannt ist hingegen der Kampf der Notare gegen Auslandsbeurkundungen. Eine Diskussion, die schon lange vor dem Hintergrund des Art. 11 EGBGB geführt wird.<sup>180</sup> Ebenso ist die grundlegende Skepsis der Notare gegenüber europäischen Rechtsformen bereits bekannt.<sup>181</sup> Nicht ganz fernliegend ist hier daher der Verdacht, dass die deutschen Notare die Arbeitnehmerseite als trojanisches Pferd nutzen, um auf diese Weise ihre eigenen Interessen durchzusetzen. Die deutsche Notarlobby fürchtet schon lange Konkurrenz durch günstigere Auslandbeurkundungen. Eine Furcht, die durch supranationale Gesellschaftsformen weiter geschürt wird. Daher liegt der Verdacht nahe, dass die Notare mit ihrem Verhalten mehr ihr eigenes finanzielles Wohl als das Wohl der deutschen paritätischen Mitbestimmung im Sinn haben. Interessant ist jedoch der Aspekt, dass sie von der gesellschaftsrechtlichen Kritik<sup>182</sup> auf die Kritik an der Arbeitnehmermitbestimmung umgeschwenkt sind. Ein weiteres Indiz dafür, dass es sich bei der Arbeitnehmermitbestimmung um das Kernproblem der SPE handelt.

### C. Resümee der bisherigen Entwicklungen

Die SPE kann mittlerweile auf eine rund 40jährige Entwicklungsgeschichte zurückblicken. Diese ist nach den bisher gewonnenen Erkenntnissen grob in drei Entwicklungsphasen zu

---

<sup>176</sup> *Bormann/Böttcher*, NZG 2011, 411.

<sup>177</sup> *Bormann/Böttcher*, NZG 2011, 411, 415.

<sup>178</sup> *Bormann/Böttcher*, NZG 2011, 411.

<sup>179</sup> Siehe bereits Einleitung S. 9.

<sup>180</sup> Vgl. nur *Winkler von Mohrenfels*, in: Staudinger, BGB-Neubearbeitung 2007, EGBGB Art. 11 Rn. 284.

<sup>181</sup> Vgl. nur *Bormann/König*, RIW 2010, 111, 112.

<sup>182</sup> So noch zu dem ursprünglichen Vorschlag der Kommission; siehe hierzu unter Teil 1, § 1 B. I. (S. 22).

unterteilen: Von 1970 bis 2003 (Phase 1) stellte die SPE eher eine Randerscheinung der gesamtgesellschaftsrechtlichen Entwicklungen in Europa dar. Diese wurden vornehmlich von der SE geprägt, die auch die Entwicklungen von anderen gesellschaftsrechtlichen Vorhaben prägte.<sup>183</sup> Der Zeitraum von 2003 bis 2008 (Phase 2) stellte sodann eine Art „Selbstfindungsphase“ dar. Eine Phase, in der die SPE aus dem Schatten der in 2001 realisierten SE treten und die Suche nach eigenen Fürsprechern und Schirmherren beginnen konnte. Eingeläutet wurde diese Phase durch den Aktionsplan der Europäischen Kommission im Jahr 2003. Der Aktionsplan hatte die Modernisierung des Europäischen Gesellschaftsrechts und die Verbesserung der Corporate Governance zum Gegenstand. Er war damit ein Zeichen, das Europäische Gesellschaftsrecht insgesamt weiter in den Vordergrund der Entwicklungen zu rücken. Die verstärkte Fokussierung auf die SPE wurde durch die Neuausrichtung der KMU-Politik der Europäischen Kommission unter dem Slogan Vorfahrt für KMU in 2003 hervorgerufen. Im Rahmen dieser Findungsphase gelang es der SPE, den Kreis ihrer Fürsprecher aus Politik<sup>184</sup>, Wirtschaft<sup>185</sup> und Wissenschaft<sup>186</sup> zu festigen und auszubauen. Seit 2008 läuft nunmehr die dritte Phase der Entwicklungsgeschichte der SPE. Eingeläutet wurde diese durch den Small Business Act der Europäischen Kommission und die fast zeitgleiche, daraus resultierende Vorlage des ersten Verordnungsvorschlags für die SPE.

Die SPE ist Teil des Maßnahmenpakets der Europäischen Kommission für eine zeitgemäße KMU-Politik und daher stets in deren Kontext zu sehen. Die Unbeständigkeit der Wirtschaft und die Tatsache, dass die KMU mit 99 % des Unternehmensbestands in Europa das Rückgrat der Europäischen Wirtschaft in Zeiten der Globalisierung ausmachen, haben zu einer verstärkten Ausrichtung der Politik auf die Bedürfnisse von KMU geführt. Die Realisierung des Projekts SPE stellt einen wichtigen Teil dieses Vorhabens dar. Eine speziell auf die Bedürfnisse von KMU zugeschnittene Gesellschaftsform kann zum Abbau administrativer Schwierigkeiten und damit zu einer Senkung von Gründungs- und Beratungskosten beitragen. Darüber hinaus kann sie neuen Akteuren des Europäischen Gesellschaftsrechts, die insbesondere durch die beiden Osterweiterungen der EU hinzugekommen sind, eine Gesellschaftsform mit höherer Akzeptanz zur Aktivität im Europäischen Binnenmarkt zur Verfügung stellen. Die SPE ist folglich ein Projekt der EU, das keineswegs vernachlässigt, sondern vielmehr in den Vordergrund der KMU-politischen Maßnahmen gestellt werden sollte. Im Gegensatz zur bereits realisierten Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen oder zu der noch in Planung befindlichen Richtlinie über grenzüberschreitende Sitzverlegun-

---

<sup>183</sup> Zu den gesellschaftsrechtlichen Entwicklungen im Einzelnen siehe Teil 1 § 3 A. (S. 48 ff.).

<sup>184</sup> Vornehmlich das Europäische Parlament, vgl. Teil 1, § 1 A. IV. (S. 25); Teil 1, § 2 G. (S. 66).

<sup>185</sup> Siehe das Positionspapier des BDI v. 31.10.2007, abrufbar unter <https://circabc.europa.eu/faces/jsp/extension/wai/navigation/container.jsp>.

<sup>186</sup> Als besonderen Fürsprecher der SPE darf man an dieser Stelle *Peter Hommelhoff* nennen; siehe zur herausragenden Rolle Hommelhoffs bspw. *Helms*, in: FS Hommelhoff (2012), S. 369.

gen dient die SPE nicht nur der Harmonisierung nationalen Gesellschaftsrechts, sondern schafft ein weiteres Stück originär europäischen Gesellschaftsrechts und kann damit Mitgliedstaaten, deren nationalem Gesellschaftsrecht keine oder zumindest nur geringe Akzeptanz im europäischen Binnenmarkt zukommt, zu völlig neuen Entwicklungsmöglichkeiten verhelfen. Eine solche Chance kann die SE aufgrund ihrer Ausrichtung auf große Unternehmen nicht bieten. Auch die EWIV und die SCE können eine solche Chance nicht bieten, da sie auf spezielle Zielgruppen zugeschnitten sind. Nach Vorlage des ersten Verordnungsvorschlags durch die Europäische Kommission wurde es jedoch ernst im Gefecht um die SPE. Die Interessenvertretungen bezogen Stellung zu dem Vorschlag der Kommission. Im Wesentlichen bildeten sich zwei Lager heraus. Ein Lager befürwortete den Vorschlag der Kommission weitestgehend und wollte daran lediglich gewisse Nachjustierungen vornehmen. Das andere Lager empfand den Vorschlag als regelrechten Affront gegen die Rechte der Arbeitnehmer und sah darin einen gänzlich unzureichenden Vorschlag. Wenig überraschend wurde das Lager der Fürsprecher des Vorschlags von BUSINESSEUROPE<sup>187</sup>, BDA/BDI und der DIHK als Interessenvertretungen der Arbeitgeber bevölkert und das Lager der Gegner des Vorschlags von ETUC<sup>188</sup> und DGB als Interessenvertretungen der Arbeitnehmer. Einen ungewohnten Allianzpartner fand das gegnerische Lager jedoch in den Notaren. Auch wenn die Notare ihre vehemente Kritik an der SPE zunächst auf gesellschaftsrechtliche Belange stützten, schwenkten sie später sogar vollständig auf die Argumentationslinie der Gewerkschaften über.<sup>189</sup>

Das Gefecht um die SPE wird mittlerweile über vier Jahre und zahlreiche Verordnungsvorschläge geführt, eine Lösung ist bislang nicht in Sicht. Doch spielen neben den einzelnen Lagern auch noch die unterschiedlichen Interessen der einzelnen Mitgliedstaaten eine entscheidende Rolle, so dass es die Vielschichtigkeit der beteiligten Interessenten nahezu aussichtslos erscheinen lässt, zu einer Lösung zu kommen, die alle Positionen gleichermaßen berücksichtigt. Bevor man sich jedoch mit den einzelnen Interessenten auseinandersetzt, deren Positionen im Rahmen der bisherigen Kompromissfindung bereits zutage getreten sind, bedarf es zunächst einer Betrachtung der allgemeinen Entwicklungsperspektiven der SPE.

---

<sup>187</sup> Ein europäischer Arbeitgeberverband.

<sup>188</sup> European Trade Union Confederation, übersetzt: Europäischer Gewerkschaftsbund.

<sup>189</sup> Siehe dazu bereits Teil 1, § 1 B. VI. (S. 34).



## § 2 Entwicklungsperspektiven der SPE

Die Perspektiven hinsichtlich der Realisierung der SPE hängen nicht allein von der im Rahmen der Entwicklungsgeschichte bereits skizzierten Kompromissfindung ab, sondern sind zudem in dem Gesamtkontext der europäischen Rahmenbedingungen zu sehen, die sich ebenfalls weiterentwickeln.

### A. Vertrag von Lissabon

Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009<sup>190</sup> wurde nicht nur die Europäische Grundrechtecharta verbindlich,<sup>191</sup> sondern es erfolgte eine stärkere Demokratisierung Europas.<sup>192</sup> Zu diesem Zweck sollte insbesondere die Stellung des unmittelbar legitimierten Europäischen Parlaments gestärkt werden.

Der Reformvertrag wirkt sich auch auf die Entwicklungen des Europäischen Gesellschaftsrechts aus. Nachdem die Entscheidung über die einschlägige Rechtsgrundlage zur Einführung genuin supranationaler Rechtsformen durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 2. Mai 2006<sup>193</sup> anlässlich der Einführung der Europäischen Genossenschaft zu Gunsten von Art. 308 EG entschieden und durch die Entscheidung vom 16. Dezember 2008<sup>194</sup> in der Rechtssache *Cartesio* nachträglich als richtige Rechtsgrundlage für die SE bestätigt wurde, änderten sich die Vorzeichen hinsichtlich der Einführung genuin europäischer Rechtsformen durch den Vertrag von Lissabon.<sup>195</sup> Die sog. Vertragsabrundungskompetenz des Art. 308 EG ist in der neuen Regelung des Art. 352 AEUV, der sog. Flexibilitätsklausel, inhaltlich präzisiert aufgegangen. Auf europäischer Ebene wurden die Anforderungen im Hinblick auf das zu durchlaufende Rechtssetzungsverfahren dadurch insofern angehoben, als dass jetzt statt der bislang ausreichenden Anhörung des Europäischen Parlaments eine Zustimmung des Europäischen Parlaments erforderlich ist.<sup>196</sup>

---

<sup>190</sup> ABl. EU 2007 Nr. C 306/01.

<sup>191</sup> *Callies*, in: *Callies/Ruffert*, EU-GRCharta, Art. 1 Rn. 1.

<sup>192</sup> Siehe Statement von Martin Schulz, Präsident des EU-Parlaments, abrufbar unter <http://www.martin-schulz.info/index.php?link=7&bereich=4>.

<sup>193</sup> EuGH Urteil v. 2.5.2006, Rs. C-436/03, Slg. 2006, I-3733.

<sup>194</sup> EuGH Urteil vom 16.12.2008 Rs. C-120/06 – *Cartesio*, Slg. 2008, I-96419704.

<sup>195</sup> Vgl. hierzu auch *Anzinger*, AG 2009, 739; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 347ff.

<sup>196</sup> Vgl. zu den Veränderungen von Art. 308 EG auf Art. 352 AEUV: *Geiss*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 308 EGV Rn.37; *Rossi*, in: *Callies/Ruffert*, Art. 352 AEUV Rn. 5ff.

## B. Integrationsverantwortungsgesetz

Noch deutlich folgenreichere Veränderungen haben allerdings in Deutschland stattgefunden. So entschied das BVerfG in seiner Lissabon-Entscheidung<sup>197</sup> am 30. Juni 2009 im Vorfeld der endgültigen Ratifizierung,<sup>198</sup> dass die demokratische Legitimation seitens der Mitgliedsstaaten und die Anforderungen, die Art. 23 Abs. 1 GG an die Integrationsverantwortung<sup>199</sup> stellt, gewahrt werden müssen. In Folge dieses Urteils verabschiedete der Bundestag am 8. September 2009 neben weiteren Begleitgesetzen zum Vertrag von Lissabon das Integrationsverantwortungsgesetz,<sup>200</sup> dessen § 8 die Anforderungen der Lissabon-Entscheidung hinsichtlich der sog. Flexibilitätsklausel umsetzt. Danach darf der deutsche Vertreter im Europäischen Rat nur zustimmen, wenn hierzu vorab ein Gesetz gemäß Art. 23 Abs. 1 GG in Kraft getreten ist. Bemerkenswert ist daran vor allem, dass Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG die Zustimmung des Bundesrats voraussetzt und zudem nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG eine verfassungsändernde 2/3 Mehrheit nach Art. 79 Abs. 2 und 3 GG erforderlich ist.<sup>201</sup> Die Hürden, die es zur Verabschiedung der SPE-VO zu überwinden gilt, nämlich die nach Art. 352 AEUV erforderliche Einstimmigkeit im Europa-Rat und das dafür allein zur Zustimmung des deutschen Vertreters erforderliche Zustimmungsgesetz sowie die mittlerweile außerdem geforderte Zustimmung des Europäischen Parlaments, sind folglich enorm hoch.<sup>202</sup>

Einige Stimmen in der Literatur sind der Ansicht, die Anforderungen des BVerfG aus der Lissabon-Entscheidung, die nahezu eins zu eins durch das Integrationsverantwortungsgesetz umgesetzt wurden, seien unverhältnismäßig hoch.<sup>203</sup> Infolgedessen werden verschiedene Lösungsansätze diskutiert, um eine vollständige Blockade europäischer Vorhaben, die auf Art. 352 AEUV gestützt werden sollen, zu verhindern.<sup>204</sup> Dabei werden insbesondere die folgenden Lösungsansätze diskutiert: der vorwiegend von *Basedow*<sup>205</sup> vertretene Ansatz einer teleologischen Reduktion des § 8 IntVG dahingehend, dass dieser in Fällen mit Binnenmarktbezug keine Anwendung finden soll.<sup>206</sup> Er begründet diesen Ansatz mit einer vergleichenden Auslegung der Vorgängerregelung der Vertragsabrundungskompetenz des Art.

---

<sup>197</sup> BVerfGE 123, 267 ff.; kritische Auseinandersetzung mit dem Urteil: *Schorkopf*, EuZW 2009, 718; v. *Bogdandy*, NJW 2010, 1; *Frenz*, EWS 2009, 297; *Ruffert*, ZSE 2009, 381; *Mayer*, NJW 2010, 714; *Nettesheim*, NJW 2010, 177; *Wittreck*, ZG 2011, 122.

<sup>198</sup> Instrukтив zum Vertrag von Lissabon und der Rolle des BVerfG, *Brinkhorst*, ZEW Nr. 181.

<sup>199</sup> Begriff wird in BVerfGE 123, 267 geprägt; siehe hierzu *Ruffert*, ZSE 2009, 381, 388 Fn. 27.

<sup>200</sup> Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union vom 22.9.2009 (Integrationsverantwortungsgesetz - IntVG), BT-Drs. 16/13923 vom 21.8.2009, BGBl. I S. 3022, in Kraft getreten am 25.9.2009.

<sup>201</sup> So auch *Koberski/Heuschmidt*, RdA 2010, 207, 208; v. *Bogdandy*, NJW 2010, 1, 3.

<sup>202</sup> So auch *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385, 399.

<sup>203</sup> *Kottmann/Wohlfahrt*, ZaöVR 2009, 443, 459; *Callies*, ZG 2010, 1, 29; *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385, 400.

<sup>204</sup> Siehe hierzu auch *Ruffert*, ZSE 2009, 381, 387.

<sup>205</sup> *Basedow*, EuZW 2010, 41.

<sup>206</sup> So wohl auch *Uerpmann-Witzack*, in: von Münch/Kunig, Art. 23 GG Rn. 45.

308 EG, der im Gegensatz zu Art. 352 AEUV auf die Zielverwirklichung eines gemeinsamen Marktes beschränkt war. Des Weiteren erwägt *Basedow*, sofern sich der nationale Gesetzgeber nicht einer restriktiven Auslegung des § 8 IntVG anschließt, dass zumindest frühzeitig die Verabschiedung eines entsprechenden Zustimmungsgesetzes erfolgen sollte.<sup>207</sup> Einen weiteren Ansatz vertritt beispielsweise *Kämmerer*,<sup>208</sup> der Zweifel an der von *Basedow* vertretenen restriktiven Auslegung hat, da in Art. 352 AEUV bewusst auf eine Unterscheidung einzelner Maßnahmen verzichtet wurde und das BVerfG allein aufgrund einer möglichen extensiven Auslegung der Vorschrift derartige Vorsichtsmaßnahmen getroffen hat. *Kämmerer* will stattdessen im Rahmen der Anforderungen, die an das formelle Gesetz zu stellen sind, ansetzen.<sup>209</sup> Er greift den Umstand auf, dass § 8 IntVG nur auf Art. 23 Abs. 1 GG und nicht wie das BVerfG explizit auf Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 GG verweist. In diesem Zusammenhang verweist *Kämmerer* auf die unter Staats- und Europarechtlern umstrittene Auslegung<sup>210</sup> von Art. 23 Abs. 1 GG. Nicht zuletzt aus diesem Grund setzen auch andere an dieser Stelle mögliche Lösungsansätze im Hinblick auf Art. 352 AEUV an. Schließlich wäre eine Zwei-Drittel-Mehrheit nur im Falle des Art. 23 Abs. 1 Satz 3 iVm Art. 79 Abs. 2 und 3 GG erforderlich. Im Fall des Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG hingegen würde eine einfache Mehrheit (Art. 42 Abs. 2 GG) im Bundestag genügen. Eine Zustimmung des Bundesrates ist in beiden Fällen erforderlich. Entscheidend ist nach dieser zweiten Ansicht daher, ob ein auf Art. 352 AEUV gestütztes Gesetz als materielle Verfassungsänderung eingestuft wird oder nicht. Unter Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG fallen insbesondere Änderungen der vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union sowie Änderungen der vertraglichen Grundlagen vergleichbare Regelungen.<sup>211</sup> Umstritten ist, ob es sich bei Art. 352 AEUV um eine solche Änderung handelt.<sup>212</sup>

Nach hier vertretener Ansicht handelt es sich im Ergebnis um eine Änderung, die nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 GG zu beurteilen ist, da hier eine Gesetzgebungskompetenz übertragen wird. Diese sind für das deutsche Bundesgebiet grundsätzlich im GG geregelt. Sofern es dem europäischen Gesetzgeber ermöglicht wird, eine neue Gesellschaftsform zu schaffen, die neben die nationalen Gesellschaftsformen tritt, handelt es sich um eine Änderung der vertraglichen Grundlagen vergleichbare Regelung, da derartige Kompetenzen nicht Gegenstand des Vertrages sind und zudem weitreichende Auswirkungen auf nationale Gesellschaftsformen haben können. Im Ergebnis sind daher ein Zustimmungsgesetz mit Zwei-

---

<sup>207</sup> *Basedow*, EuZW 2010, 41; *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385, 400.

<sup>208</sup> *Kämmerer*, RabelsZ 76 (2012), 253, 268 f; ebenso: *Kottmann/Wohlfahrt*, ZaöVR 2009, 443, 459 f.;

<sup>209</sup> *Kämmerer*, RabelsZ 76 (2012), 253, 270.

<sup>210</sup> Siehe auch *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 23 GG Rn. 34; *Uerpmann-Witzack*, in: von Münch/Kunig, Art. 23 GG Rn. 45.

<sup>211</sup> *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 23 GG Rn. 35.

<sup>212</sup> *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 23 GG Rn. 35; dafür: *Rathke*, in: von Arnould/Hufeld, 6. Abschnitt Rn. 140 mwN; *Koberski/Heuschmid*, RdA 2010, 207, 208; dagegen: *Nettesheim*, NJW 2010, 177, 181 mwN; Bundesregierung, BT-Drs. 17/1933 v. 7.6.2010, S. 8; *Krause*, ECFR 2013, Special Vol. 3, 375, 393 ff., S. 33.

Drittel-Mehrheit und die Zustimmung des Bundesrates erforderlich. Daher sollte wie von verschiedenen Autoren in der Literatur bereits angeregt,<sup>213</sup> eine möglichst frühzeitige Verabschiedung des erforderlichen Zustimmungsgesetzes angestrebt werden, um auf diese Weise trotz erhöhter formeller Anforderungen das Vorhaben SPE dennoch zu realisieren.

Festzuhalten bleibt, dass von der Vertragsabrundungskompetenz des Art. 308 EG reger Gebrauch gemacht wurde bevor der Vertrag von Lissabon in Kraft trat<sup>214</sup> und bislang nur vereinzelt Vorhaben auf die Flexibilitätsklausel des Art. 352 AEUV gestützt wurden. Vorreiter war insoweit die Verordnung über Finanzbeiträge der Europäischen Union zum internationalen Fonds für Irland.<sup>215</sup> In diesem Fall wurde ein Zustimmungsgesetz gem. § 8 IntVG erlassen.<sup>216</sup> Sofern der nötige politische Druck für ein Tätigwerden vorhanden ist, können demnach durchaus auch Vorhaben auf europäischer Ebene trotz der enorm gestiegenen Anforderungen zustande kommen. Fraglich ist jedoch, ob dies im Rahmen eines unter den Mitgliedstaaten zudem höchst umstrittenen Randvorhabens wie der SPE möglich ist. Ein Ausweichen auf eine andere Rechtsgrundlage, wie bei anderen Vorhaben teils propagiert,<sup>217</sup> ist für das Vorhaben SPE in seiner derzeitigen Gestalt jedoch ausgeschlossen. Wie oben bereits ausgeführt, wurde bereits im Rahmen anderer Vorhaben im Bereich des europäischen Gesellschaftsrechts Art. 308 EG bzw. jetzt Art. 352 AEUV als richtige Rechtsgrundlage bestätigt. Nach In-Kraft-Treten des Vertrags von Lissabon wurden zudem verschiedene Maßnahmen zur weiteren Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts in Gang gesetzt.

### C. Europa 2020

Nach der Finanz- und Wirtschaftskrise setzte die Europäische Kommission mit ihrer im März 2010 vorgestellten Wirtschaftsstrategie Europa 2020<sup>218</sup> ein deutliches Zeichen. Daran brachte die Kommission klar zum Ausdruck, dass Handlungsbedarf besteht, um der hohen Arbeitslosigkeit und der drohenden Verarmung in Europa entgegenzutreten. Zur Überwindung der Krise und ihrer Folgen wurden in der Mitteilung fünf Kernziele herausgestellt, an denen die bis 2020 erzielten Erfolge gemessen werden sollen. Beschäftigung ist eines dieser Kernziele. Danach sollen in 2020 „75 % der Menschen im Alter zwischen 20 und 64 in Arbeit ste-

---

<sup>213</sup> Basedow, EuZW 2010, 41; Fleischer, ZHR 174 (2010), 385, 400.

<sup>214</sup> Winkler, EuR 2011, 384, 389; jährlich etwa 30 Mal: Callies, ZG 2010, 1, 27; Rohleder, ZG 2011, 105, 115.

<sup>215</sup> VO EU Nr. 1232/2010 v. 15.12.2010, ABl. EU v. 30.12.2010 Nr. L 346, 1; siehe hierzu Hölscheidt, DÖV 2012, 105, 110; Rohleder, ZG 2011, 105, 115.

<sup>216</sup> Zustimmungsgesetz v. 6.12.2010, BGBl. II, 1414.

<sup>217</sup> Häde, EuZW 2011, 662, 665; Winkler, EuR 2011, 384, 389.

<sup>218</sup> KOM (2010) 2020 endgültig v. 3.3.2010.

hen“.<sup>219</sup> Um diese Ziele zu erreichen, fordert die Kommission in ihrer Strategie Europa 2020 unter anderem die Verbesserung des Unternehmensumfelds in Europa und in diesem Zusammenhang eine Modernisierung des europäischen Gesellschaftsrechts.<sup>220</sup>

Die Modernisierung des europäischen Gesellschaftsrechts und damit einhergehend die Entwicklung der SPE als neue Rechtsform für KMU, denen eine wichtige Rolle im Hinblick auf die Stärkung des europäischen Binnenmarktes beigemessen wird, stehen folglich ganz im Zeichen der neuen Wirtschaftsstrategie Europa 2020.

#### **D. Reflection Group On the Future of EU Company Law**

So beauftragte die Kommission im Dezember 2010 eine „Reflection Group On the Future of EU Company Law“ mit der Ausarbeitung von Empfehlungen für die weitere Harmonisierung des Gesellschaftsrechts.<sup>221</sup> Diese legte im April 2011 einen ausführlichen Bericht vor,<sup>222</sup> der im Mai 2011 von der Kommission auf der Konferenz zum Thema „European Company Law: the way forward“ präsentiert wurde.<sup>223</sup> Der Bericht diente als Diskussionsgrundlage der Konferenz, auf der das EU-Recht als 28. Gesellschaftsrechtssystem thematisiert wurde.<sup>224</sup> In diesem Zusammenhang referierten Experten der jeweils tangierten Fachbereiche, wobei das Arbeitsrecht von *Henssler* und *Malmberg* vertreten wurde.<sup>225</sup> *Henssler*<sup>226</sup> gab zunächst einen Überblick über den Status quo der Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene in Europa und zeigte sodann mögliche Handlungsschritte der Europäischen Kommission im Hinblick auf die Beteiligung der Arbeitnehmer und den Fortschritt der Entwicklungen des Europäischen Gesellschaftsrechts auf. Dabei schlug er die folgenden vier Schritte vor: (1) Beschränkung der Fähigkeit der Mitgliedstaaten, Reformen zu blockieren, (2) Anwendung des Konzepts der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen, (3) Einbeziehung der Arbeitnehmer in der gesamten Europäischen Union und (4) Einführung eines obligatorischen Verhandlungsverfahrens.

---

<sup>219</sup> IP/10/225 v. 3.3.2010, S. 2.

<sup>220</sup> Vgl. COM (2012) 740/2, S. 2.

<sup>221</sup> Lutter/Bayer/Schmidt, § 18 Rn. 5; Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law, 5.4.2011, S. 4.

<sup>222</sup> Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law, 5.4.2011, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/reflectiongroup\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf).

<sup>223</sup> Lutter/Bayer/Schmidt, § 18 Rn. 5; siehe hierzu sowie zu der Konferenz [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/modern/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm).

<sup>224</sup> Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law, 5.4.2011, S. 29 ff.

<sup>225</sup> [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/modern/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm).

<sup>226</sup> [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/conference201105/henssler\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/conference201105/henssler_en.pdf).

Auf der oben genannten Konferenz im Mai 2011 kündigte die Europäische Kommission zudem die Vorlage eines neuen Grünbuchs zum Europäischen Gesellschaftsrecht an.<sup>227</sup> Dieses liegt bislang jedoch nicht vor.

### **E. Konsultation zur Zukunft des Europäischen Gesellschaftsrechts**

Statt der Vorlage des angekündigten Grünbuchs leitete die Kommission weitere Schritte zur Vorbereitung ein und führte in 2012 eine öffentliche Konsultation zur Zukunft des Europäischen Gesellschaftsrechts<sup>228</sup> durch. In dieser sollte sowohl der Reformbedarf des bestehenden Europäischen Gesellschaftsrechts als auch der Bedarf nach weiteren Entwicklungen des Europäischen Gesellschaftsrechts festgestellt werden.<sup>229</sup> In der Konsultation wurde unter anderem überprüft, ob konkret das Bedürfnis nach Einführung der SPE als neuer Rechtsform besteht oder ob die Kommission zur Unterstützung von grenzübergreifend tätigen KMU nach Alternativen zur SPE suchen sollte. Zunächst ist zu bemerken, dass 85 % der Teilnehmer überhaupt eine Ansicht zu dieser Fragestellung hatten, wobei eine große Mehrheit ein Handeln der Kommission zur Unterstützung von KMU befürwortete. Unterschiedlicher Ansicht waren sie jedoch im Hinblick auf die Art der Zielerreichung. Während die meisten Teilnehmer eine Mindestharmonisierung nationaler Vorschriften entsprechender Rechtsformen, welche sodann mit einem Europäischen Label versehen werden sollten, befürwortete, erreichten die Befürworter der Weiterarbeit an dem SPE-Statut immerhin die zweitmeisten Stimmen.<sup>230</sup> Hinsichtlich der Arbeitnehmerbeteiligung ist kein klares Meinungsbild auszumachen. Während an verschiedenen Stellen die Forderung nach strengeren Beteiligungsvorschriften<sup>231</sup> und Mindeststandards<sup>232</sup> laut werden, sind andere der Ansicht, Arbeitnehmerbeteiligung sei nicht Teil des Gesellschaftsrechts<sup>233</sup>.

---

<sup>227</sup> *Fleischer*, in Handelsblatt v. 16.6.2011, „Neues Grünbuch zum Europäischen Gesellschaftsrecht am Horizont“; *Bremer*, NZG 2011, 695; *Ulrich*, GmbHR 2011, R241, R242; *Hellwig/Behme*, AG 2011, 740, 741.

<sup>228</sup> Fragenkatalog abrufbar unter

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2012/companylaw/questionnaire\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/companylaw/questionnaire_de.pdf); feedback statement abrufbar unter

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback\\_statement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback_statement_en.pdf).

<sup>229</sup> EU-Kommission, EuZW 2012, 203; *Hopt*, EuZW 2012, 481.

<sup>230</sup> Feedback statement, S. 8 f.

<sup>231</sup> Feedback statement, S. 4, 6, 11.

<sup>232</sup> Feedback statement, S. 5, 7.

<sup>233</sup> Feedback statement, S. 4.

## **F. Aktionsplan Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance (2012)**

Ganz im Zeichen der Strategie Europa 2020 legte die Europäische Kommission im Dezember 2012 einen neuen Aktionsplan Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance vor.<sup>234</sup> Einen ersten Aktionsplan zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance legte die Kommission bereits im Jahr 2003 vor.<sup>235</sup>

Mit dem neu vorgelegten Aktionsplan setzt die Kommission die von der Reflection Group sowie der in 2012 durchgeführten öffentlichen Konsultation zur Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts gewonnenen Erkenntnisse um und zeigt ihre beabsichtigte weitere Vorgehensweise auf. Die Europäische Kommission hebt das europäische Gesellschaftsrecht in ihrem Aktionsplan klar als Eckpfeiler des Binnenmarktes hervor<sup>236</sup> und greift darin unter anderem die Verbesserung des Rahmens für grenzübergreifende Geschäfte europäischer Unternehmen auf.<sup>237</sup> Im Hinblick auf die SPE kündigt die Kommission trotz des erheblichen in der öffentlichen Konsultation gezeigten Interesses an Alternativen zur Förderung von KMU an, *„weiterhin am Follow-up zum SPE-Vorschlag [zu] arbeiten, um die grenzübergreifenden Möglichkeiten für KMU zu verbessern“*.<sup>238</sup> Trotz der Anzeige weiterer Arbeiten an der SPE gibt es Stimmen in der Literatur, die in dem Aktionsplan einen Rückschritt im Hinblick auf die Priorisierung der SPE sehen.<sup>239</sup> Dem ist allerdings nicht zuzustimmen. Der Aktionsplan zeigt vielmehr, dass die Arbeiten an der SPE trotz des Ergebnisses der Konsultation weiter verfolgt werden.

## **G. Bewertung und Alternativen**

In Folge der durch den Vertrag von Lissabon und das Integrationsverantwortungsgesetz veränderten Rahmenbedingungen in Europa ist die Wahrscheinlichkeit zur Realisierung der SPE weiter gesunken.<sup>240</sup> Vor diesem Hintergrund wird zudem verständlich, warum der in der Konsultation zur Zukunft des Europäischen Gesellschaftsrechts abgeprüfte „Labelling Approach“<sup>241</sup> mehr Stimmen als die Weiterarbeit an dem Statut der SPE erhalten hat.<sup>242</sup> Weitestgehend einig ist man sich darüber, dass es einer Möglichkeit bedarf, um den Binnen-

---

<sup>234</sup> COM (2012) 740/2; IP/12/1340 v. 12.12.2012.

<sup>235</sup> KOM (2003) 284 endgültig v. 21.5.2003; siehe hierzu Teil 1, § 1 A. III. (S. 18).

<sup>236</sup> COM (2012) 740/2, S. 4.

<sup>237</sup> COM (2012) 740/2, S. 13 ff.

<sup>238</sup> COM (2012) 740/2, S. 15 f.

<sup>239</sup> Roesener, NZG 2013, 241, 244.

<sup>240</sup> Zur Skepsis aus deutscher Sicht siehe etwa Neye, in: Festschrift Hüffer (2010), S. 717.

<sup>241</sup> Etikettierungsansatz; eigentlich aus der Kriminalwissenschaft bekannt.

<sup>242</sup> Feedback Statement, S. 8 f.

markt für KMU besser nutzbar zu machen.<sup>243</sup> Aufgrund der Schwierigkeiten in der Kompromissfindung und der nunmehr erschwerten Rahmenbedingungen treten alternative Lösungsvorschläge in Konkurrenz zur SPE. Im Vordergrund der Alternativvorschläge steht der bereits angesprochene Labelling Approach, der eine Etikettierung nationaler Rechtsformen vorsieht. Danach soll eine nationale Rechtsform, die auf die Zielgruppe KMU ausgerichtet ist, wie etwa die deutsche GmbH, mit einer Art europäischem Gütesiegel versehen werden können, wenn sie gewisse Anforderungen erfüllt. Probleme bereitet insoweit aber bereits die Rechtsgrundlage zu einer solchen Etikettierung. Eine Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen einer solchen Etikettierung sowie der Frage nach der Rechtsgrundlage findet sich bei *Möslein*.<sup>244</sup> Er kommt in seiner Auseinandersetzung zu dem Schluss, dass eine Zertifizierung, wie er sie bezeichnet, im Ergebnis ebenfalls auf Art. 352 AEUV zu stützen wäre. Aufgrund der begrenzten Regelungsmöglichkeiten, die mit einer solchen Zertifizierung verbunden wären, gelangt er zu dem Schluss, dass sich eine Zertifizierung nationaler Gesellschaftsformen „eher als Holzweg denn als eine vollwertige dritte Spur“ neben Harmonisierung und Europäischer Privatgesellschaft erweisen dürfte.<sup>245</sup>

Eine europäische Etikettierung nationaler Rechtsformen ist daher ebenfalls mit erheblichem Streitpotenzial behaftet. Zudem steht sie im Hinblick auf die damit verbundenen Vorteilen deutlich hinter der SPE zurück. Sieht man von dem begrenzten möglichen Regelungsinhalt einer solchen Zertifizierung ab, fällt es zudem schwer anzunehmen, dass z.B. eine bulgarische OOD<sup>246</sup>, eine slowenische D.o.o.<sup>247</sup> oder etwa eine slowakische S.r.o.<sup>248</sup> durch ein europäisches Etikett einen größeren Bekanntheitsgrad und damit größere Chancen im europäischen Binnenmarkt oder gar im globalen Markt gewinnen wird. Darin liegt folglich ein weiterer erheblicher Nachteil gegenüber der SPE.

Daneben wird als weiterer Ansatz einer (beschränkten) Verwirklichung des Projekts SPE im Wege der Verstärkten Zusammenarbeit nach Art. 326 ff. AEUV diskutiert.<sup>249</sup> Dies hätte zur Folge, dass eine Umsetzung der SPE nur in den einigungsbereiten Mitgliedstaaten erfolgen würde. Nach hier vertretener Ansicht stellt eine solche „beschränkte“ Umsetzung keine echte Alternative dar. Eine originär europäische Gesellschaftsform sollte allen Mitgliedstaaten gleichermaßen zur Verfügung stehen.

---

<sup>243</sup> Vgl. Feedback Statement, S. 8 f.

<sup>244</sup> *Möslein*, ZHR 176 (2012), 470.

<sup>245</sup> *Möslein*, ZHR 176 (2012), 470, 512.

<sup>246</sup> Druzestvo s ogranicena odgovornost (OOD), Äquivalent zur deutschen GmbH.

<sup>247</sup> Družba z omejeno odgovornostjo (D.o.o.), Äquivalent zur deutschen GmbH.

<sup>248</sup> Spolocnost s rucenim obmedzeným (S.r.o.), Äquivalent zur deutschen GmbH.

<sup>249</sup> Siehe nur *Helms*, in: FS Hommelhoff (2012), S. 369, 381; *Henssler*, DB 40/2011, Standpunkte, 71, 72.



Die Realisierungschancen der SPE mögen zwar aufgrund der durch den Vertrag von Lissabon und das Integrationsverantwortungsgesetz gestiegenen Anforderungen an die europäische Rechtsetzung gesunken sein. Mit dem frischen Wind, der seit 2010 das europäische Gesellschaftsrecht beflügelt, steigen jedoch auch die Realisierungschancen der SPE wieder an. Die neue Wirtschaftsstrategie Europa 2020 und die zunehmenden Bestrebungen der EU im Hinblick auf die Modernisierung des europäischen Gesellschaftsrechts verhelfen auch der SPE zu berechtigten Realisierungschancen.

Darüber hinaus gibt die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 14.6.2012<sup>250</sup> berechtigten Anlass zum Optimismus im Hinblick auf das Projekt SPE. Darin heißt es,

*Das Europäische Parlament „ist der Auffassung, dass die EU-Gesellschaftsformen, die die bestehenden, nach nationalem Recht zur Verfügung stehenden Formen ergänzen, ein beträchtliches Potenzial bieten und weiterentwickelt und gefördert werden sollten; fordert die Kommission nachdrücklich auf, weitere Anstrengungen im Hinblick auf die Annahme des Statuts der europäischen Privatgesellschaft zu unternehmen, durch das die Interessen aller Beteiligten in vollem Umfang berücksichtigt werden könnten, um die Blockade im Rat zu überwinden, wodurch den besonderen Bedürfnissen von KMU gedient wäre;“*

Damit setzt das Europäische Parlament ein deutliches Zeichen pro europäische Gesellschaftsformen und speziell pro SPE.

### § 3 Status quo der Mitbestimmung auf europäischer Ebene

Nach der vorangegangenen entwicklungsgeschichtlichen und –perspektivischen Darstellung der SPE bedarf es zur Analyse der Mitbestimmungsproblematik zunächst einer Erweiterung des Blickwinkels auf die bisherige Entwicklung des Europäischen Gesellschaftsrechts unter dem Fokus der Mitbestimmung. Schließlich hat sich die SPE nicht in einem Vakuum, sondern in dem bereits vorhandenen europäischen Gesamtgefüge entwickelt. Die in dem aktuellen Vorschlag für das Statut der SPE gewählte Regelungstechnik kann somit nur aus dem europäischen Kontext heraus verständlich und darauf aufbauend analysiert werden.

Im Folgenden werden daher zur Gewinnung eines Status quo der Mitbestimmung bislang realisierte sowie nicht realisierte europäische Vorhaben, die einen mitbestimmungsrechtlichen Bezug aufweisen, dargestellt. Betont sei an dieser Stelle erneut, dass sich die Arbeit, sofern nicht ausnahmsweise besonders hervorgehoben, allein mit der Mitbestimmung der

---

<sup>250</sup> Entschließung des Europäischen Parlaments v. 14.6.2012, 2012/2669 (RSP).

Arbeitnehmer auf Unternehmensebene befasst.<sup>251</sup> Besondere Berücksichtigung finden in der folgenden Darstellung Probleme im Rahmen der Entwicklungsgeschichte anderer europäischer Vorhaben, insbesondere die Frage, ob die Mitbestimmung ein entwicklungsgeschichtliches Problem darstellte. Des Weiteren werden die Arbeitnehmermitbestimmungsmodelle vorgestellt und analysiert, um anhand dieser Erkenntnisse später feststellen zu können, welche Komponenten den aktuellen Vorschlag für die SPE beeinflusst haben.

Der Aufbau der folgenden Darstellung erfolgt zur besseren Vergleichbarkeit dem gleichen Muster. Zunächst werden kurz die Entwicklungsgeschichte sowie die Zielrichtung des jeweiligen Vorhabens dargestellt, um die wesentlichen Entwicklungsschritte nachvollziehen zu können und ein Verständnis für die Belange des Vorhabens zu erhalten. Sodann werden die Ausgestaltung der Verordnung und/oder Richtlinie und die Umsetzung in nationales Recht (bezogen auf Deutschland) dargestellt. Hierdurch soll ein Verständnis für die Grundkonzeption des Vorhabens erlangt werden. Darauf folgen schließlich die beiden wesentlichen Punkte in Form der entwicklungsgeschichtlichen Probleme und der Vorstellung des jeweiligen Mitbestimmungsmodells.

## **A. Realisierte Vorhaben**

### **I. Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)**

#### **1. Entwicklungsgeschichte**

Am 21. Dezember 1973 legte die Europäische Kommission dem Rat einen Vorschlag für eine Verordnung (EWG) über die (damals noch bezeichnet als) Europäische Kooperationsvereinigung (EKV) vor.<sup>252</sup> Nach der Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses<sup>253</sup> in seiner Plenartagung am 26. und 27. Februar 1975 sowie der anschließend erfolgten Stellungnahme des Europäischen Parlaments,<sup>254</sup> legte die Kommission am 12. April 1978 einen unter Berücksichtigung der Stellungnahmen abgeänderten zweiten Entwurf vor.<sup>255</sup> Aufgrund dessen hat der Rat am 25. Juli 1985 die Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)<sup>256</sup> auf Grund-

---

<sup>251</sup> Siehe bereits Zielsetzung (S. 12 f.).

<sup>252</sup> ABl. EG Nr. C 14 v. 15.2.1974, S. 30 ff.

<sup>253</sup> ABl. EG Nr. C 108 v. 15.5.1975, S. 46 ff.

<sup>254</sup> ABl. EG Nr. C 163 v. 11.7.1977, S. 17 ff.

<sup>255</sup> ABl. EG Nr. C 103 v. 28.4.1978, S. 4 ff.

<sup>256</sup> Das ist die deutsche Bezeichnung. In Frankreich wird die Vereinigung als G.E.I.E. – „Groupement européen d'intérêt économique“ bezeichnet, *Jahn* (1996), S. 18; in England: EEIG – „European Economic Interest Grouping“, siehe Official Journal of the European Communities, No L 199/1, 31.7.85.

lage von Art. 235 EWGV erlassen.<sup>257</sup> Die Verordnung trat am dritten Tag nach ihrer Veröffentlichung, sprich am 3. August 1985, in Kraft, wobei die Verordnung mit Ausnahme der Bestimmungen, welche die nationalen Durchführungsgesetze betreffen, erst seit dem 1. Juli 1989 gilt.<sup>258</sup> Die EWIV steht den einzelnen Nationen somit seit dem 1. Juli 1989 als erste originär europäische Gesellschaftsform zur Verfügung.<sup>259</sup> Das deutsche Gesetz zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV-Ausführungsgesetz, nachfolgend „EWIV-AG“)<sup>260</sup> wurde am 14. April 1988 verkündet und trat am 1. Januar 1989 in Kraft.

## 2. Zielrichtung

Die EWIV dient - dem Vorbild der seit 1967 in Frankreich zur Verfügung stehenden *groupe-ment d'intérêt économique* (GIE)<sup>261</sup> entsprechend - der Kooperation selbständiger Unternehmen.<sup>262</sup> Allerdings verlangt die EWIV im Gegensatz zu ihrem französischen Vorbild einen grenzüberschreitenden Bezug.<sup>263</sup> Neben Gesellschaften und anderen juristischen Einheiten können zudem natürliche Personen, die bestimmte Dienstleistungen erbringen, an einer EWIV beteiligt sein.<sup>264</sup> Darunter fallen unter anderem auch freiberufliche Tätigkeiten. Ziel der EWIV ist es, die grenzüberschreitende Zusammenarbeit zu fördern und auf diese Weise den Binnenmarkt zu stärken.<sup>265</sup> Zur Erreichung dieses Ziels sollen mit der EWIV rechtliche, steuerliche, aber auch psychologische Hemmnisse abgebaut werden, die einer grenzüberschreitenden Tätigkeit im Weg stehen.<sup>266</sup>

## 3. Ausgestaltung der Verordnung

Die Verordnung ist mit ihren insgesamt 43 Artikeln recht schlank ausgestaltet und gibt trotz ihres in allen Mitgliedstaaten verbindlichen Charakters lediglich den rechtlichen Rahmen für eine solche Kooperation vor. Im Übrigen sind die an einer EWIV Beteiligten - abgesehen von

---

<sup>257</sup> ABl. EG Nr. L 199 v. 31.7.1985, S. 1 ff.

<sup>258</sup> Vgl. Art. 43 VO (EWG) Nr. 2137/85.

<sup>259</sup> Hauschka, AG 1990, 85, 87.

<sup>260</sup> BGBl. I, 1988, S. 514 ff.

<sup>261</sup> Ordonnance 67-821 v. 23.9.1967-Journal officiel vom 28.9.1967.

<sup>262</sup> Vgl. zur Vorbildfunktion der GIE: Meyer-Landrut (1988), S. 1 f.; Scriba (1988), S. 23 ff.; Ganske (1988), S. 14; Jahn (1996), S. 18; Wiesner, WuW 1979, 741, 742; Gleichmann, ZHR 149 (1985), 633, 634; Müller-Gugenberger, NJW 1989, 1449, 1451; Hauschka, AG 1990, 85, 87.

<sup>263</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 2 VO (EWG) Nr. 2137/85.

<sup>264</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 2137/85.

<sup>265</sup> Vgl. Erwägungsgrund Nr. 1 zu VO (EWG) Nr. 2137/85.

<sup>266</sup> Vgl. Erwägungsgrund Nr. 2 zu VO (EWG) Nr. 2137/85.

den in den jeweiligen nationalen Ausführungsgesetzen ergänzend erlassenen Bestimmungen - frei in der inneren Ausgestaltung. Zu den wesentlichen supranationalen Vorgaben zählen neben dem nur beschränkt zur Gründung einer EWIV zugelassenen Vereinigungs- bzw. Personenkreis und dem grenzüberschreitenden Bezug die nachfolgend kurz skizzierten Vorgaben:

Eine EWIV darf keine eigene wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, sondern nur die wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Mitglieder unterstützen.<sup>267</sup> Sie ist daher lediglich eine Art Hilfsinstrument. Vornehmlich aufgrund ihres Gläubigerschutzsystems ist die EWIV bei den Personengesellschaften einzuordnen, da die Mitglieder der Gesellschaft unbeschränkt und gesamtschuldnerisch für die Verbindlichkeiten der EWIV haften<sup>268</sup> und keine Mindestkapitalanforderungen bestehen.<sup>269</sup> Gestützt wird diese Einordnung ferner durch die innere Organisationsstruktur, da viele grundlegende Entscheidungen nur einstimmig von den Mitgliedern beschlossen werden können.<sup>270</sup> Eher an eine Kapital- als an eine Personengesellschaft erinnert hingegen der Umstand, dass die EWIV nach außen durch einen Geschäftsführer vertreten wird,<sup>271</sup> wobei es sich auch um einen sog. Fremdgeschäftsführer handeln kann.<sup>272</sup> Dies ist für Personengesellschaften, die zumindest in Deutschland dem Grundsatz der Selbstorganschaft<sup>273</sup> unterstehen, äußerst ungewöhnlich.<sup>274</sup> Charakteristikum der EWIV ist ferner, dass ihre Arbeitnehmerzahl limitiert ist. Eine EWIV darf nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen.<sup>275</sup> In allen nicht von der Verordnung erfassten Bereichen gelten die Vorschriften der Mitgliedstaaten. Dies gilt beispielsweise für das Sozial- und Arbeitsrecht, das Wettbewerbsrecht sowie das Recht des geistigen Eigentums.<sup>276</sup>

Hinsichtlich der Geschäfts- und Handlungsfähigkeit regelt Art. 1 Abs. 2 der Verordnung lediglich, dass die Vereinigung ab Eintragung die Fähigkeit besitzt, in eigenem Namen Träger von Rechten und Pflichten jeder Art zu sein, Verträge zu schließen oder andere Rechtshandlungen vorzunehmen und vor Gericht zu stehen. Die Frage nach der Rechtspersönlichkeit zu regeln, bleibt den jeweiligen Mitgliedstaaten nach Art. 1 Abs. 3 der Verordnung selbst überlassen.

---

<sup>267</sup> Vgl. Erwägungsgrund Nr. 5 zu VO (EWG) Nr. 2137/85 sowie Art. 3 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 2137/85.

<sup>268</sup> Vgl. Erwägungsgrund Nr. 10 zu VO (EWG) Nr. 2137/85 sowie Art. 24 VO (EWG) Nr. 2137/85.

<sup>269</sup> Vgl. zu der Einordnung als Personengesellschaft auch: *Müller-Gugenberger*, NJW 1989, 1449, 1452.

<sup>270</sup> Vgl. die Auflistung in Art. 17 VO (EWG) Nr. 2137/85.

<sup>271</sup> Vgl. Erwägungsgrund Nr. 9 zu VO (EWG) Nr. 2137/85 sowie Art. 20 VO (EWG) Nr. 2137/85.

<sup>272</sup> Vgl. Art. 19 EWIV-VO.

<sup>273</sup> *Schmidt*, in: MüKo HGB, § 125 Rn. 6.

<sup>274</sup> So auch *Müller-Gugenberger*, NJW 1989, 1449, 1456 f..

<sup>275</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 2 c VO (EWG) Nr. 2137/85.

<sup>276</sup> Vgl. Erwägungsgrund Nr. 15 zu VO (EWG) Nr. 2137/85.

#### 4. Einzelstaatliche Umsetzung

Der deutsche Gesetzgeber hat der EWIV keine (volle) eigene Rechtspersönlichkeit verliehen. Vielmehr verweist das deutsche Ausführungsgesetz, sozusagen in dritter Linie nach europäischer Verordnung und deutschem Ausführungsgesetz, subsidiär auf das Recht der offenen Handelsgesellschaft (OHG).<sup>277</sup> Zudem bestimmt § 1 EWIV-AG, dass die Vereinigung als Handelsgesellschaft iSd des Handelsgesetzbuches gilt. In Folge dessen ist die EWIV wie die OHG (§ 124 Abs. 1 HGB) keine juristische Person, sondern eine verselbständigte Gesamthandsgemeinschaft, die einer juristischen Person lediglich angenähert ist.<sup>278</sup>

Eine deutsche EWIV sollte insgesamt der deutschen OHG, die Geschäftsführer einer solchen Vereinigung jedoch den Geschäftsführern einer deutschen GmbH gleichgestellt werden, soweit nicht die EWG-VO selbst Regelungen enthält.<sup>279</sup> Während das EWIV-AG, wie oben bereits ausgeführt, insgesamt subsidiär auf das Recht der OHG verweist, sind die Regelungen über die Geschäftsführung unmittelbar in dem Ausführungsgesetz aufgegangen. So kann man erkennen, dass die §§ 38, 41, 43 GmbHG<sup>280</sup> Pate standen für die §§ 3, 5-7 EWIV-AG.<sup>281</sup>

#### 5. Entwicklungsgeschichtliche Probleme

Kurioserweise enthält die EWIV selbst in Art. 3 EWIV-VO eine Kurzzusammenfassung ihrer entwicklungsgeschichtlichen Problemfelder in Form einer Negativaufzählung dessen, was die EWIV nicht darf. Anzusiedeln sind diese schwerpunktmäßig in den Bereichen Konzern- und Mitbestimmungsrecht,<sup>282</sup> wobei das Mitbestimmungsrecht letztlich die entscheidende Klippe im Verlauf der Entstehungsgeschichte bildete.<sup>283</sup> Auch wenn insofern keine offizielle Stellungnahme existiert, ist „für den arbeitsrechtlich vorgebildeten deutschen Leser“<sup>284</sup> ohne weiteres erkennbar, warum die Anzahl der Arbeitnehmer ausgerechnet auf 500 begrenzt wurde. Die deutschen Vertreter sollen auf Bestreben der Gewerkschaften den europäischen Verordnungsgeber vor die Wahl gestellt haben, die EWIV auf 500 Arbeitnehmer zu begrenzen

---

<sup>277</sup> Vgl. § 1 EWIV-AG.

<sup>278</sup> Vgl. hierzu *Müller-Gugenberger*, NJW 1989, 1449, 1453; *Hauschka*, AG 1990, 85, 92.

<sup>279</sup> Vgl. BT-Drs. 11/352 v. 25.5.1987, S. 1.

<sup>280</sup> Zudem gewisse Ähnlichkeiten zu § 6 GmbHG.

<sup>281</sup> *Müller-Gugenberger*, NJW 1989, 1449, 1457.

<sup>282</sup> Siehe hierzu auch *Scriba* (1988), S. 42.

<sup>283</sup> Vgl. zu dieser Gewichtung bspw. *Lutter*, Europäisches Gesellschaftsrecht (2. Aufl. 1984), S. 71; sowie die Schwerpunktsetzung des Europäischen Parlaments in seiner Stellungnahme, ABl. EG Nr. C 163 v. 11.7.1977, S. 17 ff.; hierzu auch *Ganske* (1988), S. 15.

<sup>284</sup> *Gleichmann*, ZHR 149 (1985), 633, 637: „... bedarf für deutsche Leser keiner Erläuterung...“

oder sie würden die Implementierung eines Mitbestimmungsmodells beantragen.<sup>285</sup> Auf diese Weise konnte die Arbeitnehmerzahl unterschritten werden, ab der in Deutschland prinzipiell,<sup>286</sup> das heißt je nach Rechtsform des Unternehmens, die Regelungen der deutschen Unternehmensmitbestimmung eingreifen. Die Begrenzung der EWIV auf 500 Arbeitnehmer hat zwar ihr Ziel insofern erreicht, als dass die Diskussion über die Unternehmensmitbestimmung im Keim erstickt und die Einführung der EWIV-VO realisiert wurde, jedoch stieß die Begrenzung und deren Motivation teils auf Verwunderung teils auf massive Kritik hinsichtlich ihres praktischen Nutzens. So führen einige Stimmen in der Literatur<sup>287</sup> bezüglich der Beschränkung verwundert aus, dass die deutschen Mitbestimmungsregeln an bestimmte Rechtsformen anknüpfen und verneinen aufgrund des personenbezogenen Charakters das Bedürfnis nach einer Beschränkung der Arbeitnehmerzahl zur Sicherstellung des deutschen Mitbestimmungsstandards. Personengesellschaften unterliegen in Deutschland grundsätzlich nicht der Unternehmensmitbestimmung.<sup>288</sup> Die Einführung von Mitbestimmungsregeln in der EWIV als Personengesellschaft wäre daher selbst für Deutschland völlig neu gewesen.<sup>289</sup> Eine Ausnahme besteht lediglich, wenn die Komplementärin der KG eine Kapitalgesellschaft ist, z.B. die GmbH & Co. KG. Bei diesen Gesellschaftsformen kann unter bestimmten Voraussetzungen der Mitarbeiterbestand der KG der Komplementärgesellschaft zugerechnet werden,<sup>290</sup> so dass es über § 4 MitbestG ab 2000 Arbeitnehmern zu einer Mitbestimmungspflicht kommen kann, obwohl es sich z.B. bei der GmbH & Co. KG um eine Personengesellschaft handelt.<sup>291</sup> Hintergrund für die Mitbestimmungsfreiheit der Personengesellschaften ist der Umstand, dass man Unternehmern nicht zumuten möchte, persönlich unbeschränkt für Entscheidungen zu haften, die sie nicht alleinverantwortlich treffen konnten, sondern in Abstimmung mit ihren Arbeitnehmern treffen mussten.<sup>292</sup> Vor diesem Hintergrund ist es gerechtfertigt, z.B. bei der GmbH & Co. KG eine Ausnahme zu machen, da hier die persönliche unbeschränkte Haftung von einer haftungsbeschränkten Komplementärgesellschaft, der GmbH, übernommen wird.

Des Weiteren wird massive Kritik an dem praktischen Nutzen der Beschränkung der EWIV auf 500 Arbeitnehmer geübt.<sup>293</sup> Es sei nicht sinnvoll, Vereinigungen mit mehr als 500 Arbeit-

---

<sup>285</sup> Siehe hierzu Meyer-Landrut (1988), S. 5; Scriba (1988), S. 66 f.; Kittner, ZGR 1975, 48, 59 „sachfremde Erwägungen – an sich kein wirtschaftliches oder wirtschaftspolitisches Strukturprinzip auszumachen, demzufolge eine wirtschaftliche Einheit nur eine bestimmte Zahl von Arbeitnehmern solle beschäftigen dürfen“; Gloria/Karbowski, WM 1990, 1313, 1317.

<sup>286</sup> Damals: § 77 BetrVG 1952; heute: § 1 DrittelbG.

<sup>287</sup> Scriba (1988), S. 67; Ganske (1988), S. 24 f.; Gloria/Karbowski, WM 1990, 1313, 1317.

<sup>288</sup> Wißmann, in: WWKK, Vorbem. Rn. 50.

<sup>289</sup> Ganske (1988), S. 24 f.

<sup>290</sup> Koberski, in: WWKK, § 4 MitbestG Rn. 2.

<sup>291</sup> Koberski, in: WWKK, § 4 MitbestG Rn. 1.

<sup>292</sup> Siehe hierzu Koberski, in: WWKK, § 1 MitbestG Rn. 12.

<sup>293</sup> Gloria/Karbowski, WM 1990, 1313, 1317; Scriba (1988), S. 67; aA Keine Bedenken bzgl. der Beschränkung hat hingegen Gleichmann, ZHR 149 (1985), 633, 637 f., der bereits bestehenden Rechts-

nehmern von vornherein auszuschließen, obwohl die Möglichkeiten, die Beschränkung und somit auch die Mitbestimmungsproblematik zu umgehen, auf der Hand liegen.<sup>294</sup> So sei eine Umgehung ohne weiteres durch das Ausleihen von Arbeitnehmern oder die Gründung mehrerer Vereinigungen möglich.<sup>295</sup>

## 6. Arbeitnehmermitbestimmungsmodell

Die EWIV-VO enthält kein Arbeitnehmermitbestimmungsmodell. Sie verweist insofern, wie oben bereits ausgeführt, auf das Recht der jeweiligen Mitgliedstaaten. Dies kommt aufgrund der Beschränkung auf 500 Arbeitnehmer bzw. bereits aufgrund des personenbezogenen Charakters der EWIV zumindest in Deutschland als bekanntermaßen mitbestimmungsfreundlichen Staat einem faktischen Mitbestimmungsausschluss gleich.<sup>296</sup> *Scriba* bezeichnet die Regelung in Art. 3 Abs. 2, lit. c EWIV-VO daher als Mitbestimmungsregelung im weiteren Sinne und kritisiert ihre systematische Stellung in Art. 3 EWIV-VO, da es sich bei ihr nicht um eine Zweckbegrenzung handele.<sup>297</sup>

## II. Societas Europaea („SE“)

### 1. Entwicklungsgeschichte

Den Anfang ihrer konkreten Entwicklungsgeschichte nahm die SE im Jahr 1959, vorangetrieben durch ihre beiden Fürstreiter, den französischen Notar *Thibierge* und den niederländischen Hochschullehrer *Sanders*.<sup>298</sup> Nach einer Reihe privatinitiativer Vorarbeiten und dem seitens einer von *Sanders* geleiteten Expertengruppe erarbeitetem Vorentwurf<sup>299</sup> legte die Europäische Kommission schließlich im Juni 1970 einen ersten Entwurf für die SE vor.<sup>300</sup> Der Verordnungsvorschlag basierte mit Ausnahme von Abweichungen bezüglich der Regelungen

---

lage werde nichts hinzugefügt, die nationalen Vorschriften genügten zur Missbrauchsvermeidung und große Vereinigungen seien auch nicht ausgeschlossen.

<sup>294</sup> *Scriba* (1988), S. 67 f.; *Gloria/Karbowski*, WM 1990, 1313, 1317.

<sup>295</sup> *Kittner*, ZGR 1975, 48, 49 ff.; *Gloria/Karbowski*, WM 1990, 1313, 1317; *Scriba* (1988), S. 67 f; so ist wohl auch *Gleichmann* zu verstehen, ZHR 149 (1985), 633, 637.

<sup>296</sup> 500 Arbeitnehmer war und ist der Schwellenwert, ab dem in Deutschland je nach Rechtsform eine Drittelbeteiligung eingreifen kann: früher §§ 76 ff. BetrVG 1952 a.F., heute § 1 DrittelbG.

<sup>297</sup> *Scriba* (1988), S. 68.

<sup>298</sup> Vgl. *Austmann*, in: MÜHdb GesR, § 82 Rn. 5; *Schröder*, in: MMS, Teil A Vorbemerkungen Rn. 2; *Mävers* (2002), S. 88 ff.

<sup>299</sup> Vorentwurf eines Statuts für europäische Aktiengesellschaften, Dok. Kom. 16.205/IV/66, 1966 und Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Kollektion Studien, Reihe Wettbewerb, 1967, Nr. 6; siehe dazu *Mävers* (2002), S. 96; *Austmann*, in: MÜHdb GesR § 82 Rn. 5.

<sup>300</sup> ABl. EG Nr. C 124 v. 10.10. 1970, S. 1.

über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf dem Vorentwurf unter Leitung von *Sanders*.<sup>301</sup> Dieser Entwurf war als Vollstatut konzipiert und enthielt als wesentliches europäisches Novum ein einheitliches europäisches Arbeitnehmermitbestimmungsmodell auf Unternehmensebene.<sup>302</sup> Einen grundlegend revidierten und auf über 400 Artikel angewachsenen zweiten Entwurf legte die Kommission im Jahr 1975 vor.<sup>303</sup> Dieser von sehr weitreichenden Mitbestimmungsregeln<sup>304</sup> geprägte zweite Verordnungsentwurf führte zunächst zu einer Stagnation der Entwicklung der SE.<sup>305</sup>

Im Jahr 1988 wurden die Arbeiten sodann, veranlasst durch das Weißbuch über die Vollendung eines europäischen Binnenmarktes,<sup>306</sup> wieder aufgenommen.<sup>307</sup> Infolgedessen legte die Kommission einen gegenüber seinen Vorgängern deutlich entschlackten dritten Entwurf im Jahr 1989 vor,<sup>308</sup> dessen einschneidendste Veränderung die Abspaltung der Arbeitnehmermitbestimmung in eine separate Richtlinie darstellte.<sup>309</sup> Ab diesem Zeitpunkt wurden die gesellschaftsrechtlichen Entwicklungen weiter in der Verordnung, die mitbestimmungsrechtlichen Entwicklungen in der Richtlinie vorangetrieben.<sup>310</sup> Eine weiterentwickelte Fassung der Verordnung<sup>311</sup> und der Richtlinie<sup>312</sup> wurden im Jahr 1991 vorgelegt. Die folgenden Jahre der Entwicklung wurden maßgeblich von einem Streit um mitbestimmungsrechtliche Fragestellungen geprägt. Einen richtungsweisenden Wendepunkt markierte sodann der *Davignon*-Bericht aus dem Jahr 1997.<sup>313</sup> Dieser enthielt erstmals in Anlehnung an die Europäische Betriebsräte-Richtlinie 94/45/EG den Vorschlag einer vorrangigen Verhandlungslösung mit subsidiär eingreifender Auffangregelung.<sup>314</sup> Infolge des *Davignon*-Berichts entstanden die Richtlinienvorschläge aus den Jahren 1998<sup>315</sup> und 1999<sup>316</sup>. Die alles entscheidende Einigung

---

<sup>301</sup> Vgl. hierzu sowie zu einer insgesamt ausführlichen Darstellung der Mitbestimmung in der SE: *Figge* (1992), S. 181 ff.; *Mävers* (2002), S. 107 ff.

<sup>302</sup> Vgl. auch *Figge* (1992), S. 181 ff. und *Mävers* (2002), S. 107 ff. je mit einer detaillierten Darstellung des Modells.

<sup>303</sup> KOM (75) 150 endgültig v. 30.4.1975; Bulletin der EG, Beilage 4/1975; siehe dazu *Lutter*, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, Einl. SE-VO Rn. 9 f.

<sup>304</sup> Zu einer umfassenden Darstellung des Modells siehe *Mävers* (2002), S. 135 ff.

<sup>305</sup> Vgl. *Schröder*, in: MMS, Teil A Vorbemerkung Rn. 3; *Lutter*, in: Lutter/Hommelhoff, Einl. SE-VO Rn. 10.

<sup>306</sup> Siehe hierzu Memorandum der Kommission an das Parlament, den Rat und die Sozialpartner, KOM (88) 320 endgültig v. 15.7.1988, insbes. Rn. 137

<sup>307</sup> Vgl. *Lutter*, in: Lutter/Hommelhoff, Einl. SE-VO Rn. 11.

<sup>308</sup> ABl. EG Nr. C 263 v. 16.10.1989, S. 41 ff.

<sup>309</sup> *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, Vor § 1 SEBG Rn. 5.

<sup>310</sup> Wobei diese Vorgehensweise im Hinblick auf die Rechtsgrundlage umstritten war. Siehe hierzu *Figge* (1992), S. 218 ff.; *Blanke*, EBRG, S. 155.

<sup>311</sup> ABl. EG Nr. C 176 v. 8.7.1991, S. 1 ff.

<sup>312</sup> ABl. EG Nr. C 138 v. 29.5.1991, S. 1 ff.

<sup>313</sup> Abschlussbericht der Sachverständigengruppe „European Systems of Worker Involvement“ (1997), BR-Drs. 572/97 v. 6.8.1997. :

<sup>314</sup> *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, Vor § 1 SEBG Rn. 8; *Kleinmann/Kujath*, in: MMS, Vorbem. SEBG Rn. 5.

<sup>315</sup> Vorschlag der britischen Ratspräsidentschaft v. 1.4.1998, abgedruckt in RdA 1998, 239 ff.; siehe hierzu *Mävers* (2002), S. 320 ff.



konnte jedoch erst auf dem Gipfel von Nizza im Dezember 2000 erzielt werden.<sup>317</sup> Dieser wird daher charakteristisch als „das Wunder von Nizza“<sup>318</sup> bezeichnet. Eine weitergehende Darstellung der Mitbestimmungsproblematik erfolgt im Rahmen der entwicklungsgeschichtlichen Problemdarstellung.<sup>319</sup>

Der auf den Erkenntnissen aus Nizza beruhende letzte Vorschlag der Verordnung<sup>320</sup> und der Richtlinie<sup>321</sup> wurden sodann Anfang 2001 vorgelegt. Am 8. Oktober 2001 konnten schließlich sowohl die Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft als auch die Richtlinie zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer endgültig erlassen werden.<sup>322</sup> In Kraft traten die Bestimmungen jedoch erst drei Jahre später am 8. Oktober 2004.<sup>323</sup> Das Inkrafttreten der SE-VO wurde zeitlich aufgeschoben, um die Mitgliedstaaten in die Lage zu versetzen, die SE-RL in nationales Recht umzusetzen.<sup>324</sup>

## 2. Zielrichtung

Mit der Einführung der Rechtsform „SE“ wurde als zentrales Ziel die grenzüberschreitende Erweiterung und Erleichterung des Aktionsradius multinational agierender Unternehmen verfolgt. Das bedeutet, den Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten sollte die Möglichkeit eröffnet werden, zu fusionieren, eine Holdinggesellschaft zu errichten oder aber - beispielsweise für *Joint Ventures* von Partnern aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten von besonderem Interesse – gemeinsame Tochtergesellschaften zu gründen.<sup>325</sup>

Zielgruppe für die SE sollten ursprünglich nicht nur große, sondern auch kleine und mittlere Unternehmen sein, da in dem Angebot einer EU-weit einzigen Gesellschaft ein erhebliches Kosteneinsparungspotenzial gesehen wurde.<sup>326</sup> Zielgruppe der heute zur Verfügung stehen-

---

<sup>316</sup> Vorschlag der deutschen Ratspräsidentschaft v. 12.5.1999, Dok. 8194/99 SE SOC 175, nicht amtlich veröffentlicht; siehe dazu *Mävers* (2002), S. 357 ff.

<sup>317</sup> Siehe hierzu *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, Vor § 1 SEBG Rn. 11 f.; *Mävers* (2002), S. 412 ff.

<sup>318</sup> *Hirte*, NZG 2002, 1f.

<sup>319</sup> Siehe Teil 1, § 3 A. II. 5. (S. 58 f.).

<sup>320</sup> Vorschlag v. 1.2.2001, Dok. 14886/00 SE 12 SOC 506, nicht amtlich veröffentlicht; siehe hierzu *Mävers* (2002), S. 413.

<sup>321</sup> Vorschlag v. 1.2.2001, Dok. 14732/00 SE 10 SOC 503, nicht amtlich veröffentlicht; siehe hierzu *Mävers* (2002), S. 414.

<sup>322</sup> Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. EG Nr. L 294 v. 10.11.2001, S. 1, und Richtlinie 2001/86/EG des Rates v. 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. EG Nr. L 294 v. 10.11.2001, S. 22.

<sup>323</sup> Art. 70 SE-VO.

<sup>324</sup> Erwägungsgrund 22 der SE-VO.

<sup>325</sup> Vgl. Erwägungsgrund 10, zu VO (EG) Nr. 2157/2001; *Austmann*, in: MÜHdb GesR, § 82 Rn. 3.

<sup>326</sup> *Hopt*, ZIP 1998, 96, 100; *Monti*, WM 1997, 607.

den SE dürften jedoch vorwiegend große Gesellschaften sein.<sup>327</sup> Dies ist zum einen auf das hohe Mindeststammkapitalerfordernis von EUR 120.000<sup>328</sup> und zum anderen auf die aufwendigen Gründungsmodalitäten<sup>329</sup> zurückzuführen.

Dementsprechend wird als Motivator zur Wahl einer SE als Rechtsform für ein Unternehmen immer wieder der Aspekt des mit dem Label „SE“ verbundenen Images angesprochen.<sup>330</sup> So assoziiert man mit der Rechtsform „SE“: Größe, Internationalität aber auch Modernität eines Unternehmens.<sup>331</sup> Die SE, die in Deutschland unter der Bezeichnung „Europäische Aktiengesellschaft“ oder kurz „Europäische Gesellschaft“ bekannt ist, sticht damit die (Visiten-) Karte der deutschen Aktiengesellschaft aus. Dieser sog. „Visitenkarten-Effekt“, der bei der Wahl der Rechtsform nicht unterschätzt werden sollte, spiegelt folglich die Einschätzung der SE von Hopt,<sup>332</sup> welcher die SE als „*Flaggschiff des europäischen Gesellschaftsrecht*“ charakterisierte, wider.

### 3. Ausgestaltung von Verordnung und begleitender Richtlinie

Das heutige SE-Statut ist gegenüber den vorangegangenen Entwürfen, in denen das Statut zwischenzeitlich auf über 400 Artikel angewachsen war,<sup>333</sup> mit seinen 70 Artikeln recht schlank ausgestaltet. Dies ist zum einen natürlich darauf zurückzuführen, dass die Fragen der Arbeitnehmermitbestimmung in die begleitende Richtlinie 2001/86/EG ausgegliedert worden sind,<sup>334</sup> zum anderen aber auch auf die ersatzlose Streichung verschiedener Regelungsbereiche. Mangels Konsensfähigkeit musste das Vorhaben eines Vollstatuts aufgegeben und in weiten Teilen auf Verweise in das nationale Recht zurückgegriffen werden.<sup>335</sup> An diesem Tribut, welcher gezollt werden musste, um das Vorhaben SE realisieren zu können, ist bereits vielfach Kritik geübt worden.<sup>336</sup> So wird das heutige SE-Statut charakterisiert als

---

<sup>327</sup> Allerdings nicht ausschließlich: Siehe Eidenmüller/Engert/Hornuf, AG 2009, 845; Bay-er/Hoffmann/J. Schmidt, AG 2009, R480, R482.

<sup>328</sup> Vgl. Eidenmüller/Engert/Hornuf, AG 2009, 845, 853.

<sup>329</sup> Vgl. Bericht über die Anwendung der SE-VO, KOM (2010) 676 endgültig v. 17.11.2010, S. 7.

<sup>330</sup> Bericht über die Anwendung der SE-VO, KOM (2010) 676 endgültig, S. 3.

<sup>331</sup> Lutter, in: Lutter/Hommelhoff, SE-VO Einl. Rn. 33.

<sup>332</sup> Hopt, ZIP 1998, 96, 99.

<sup>333</sup> Siehe Teil 1, § 3 A. II. 1. (S. 53).

<sup>334</sup> Siehe Art. 1 Abs. 4 SE-VO.

<sup>335</sup> Hirte, NZG 2002, 1, 2: „Diese Gemengelage ist der politische Preis dafür, dass die Rechtsform überhaupt erst eingeführt werden konnte, [...]“

<sup>336</sup> Vgl. Schröder, in: MMS, Teil A Vorbem. Rn. 19 mwN; Siehe zu einer Auseinandersetzung mit diesem Kritikpunkt Blanquet, ZGR 2002, 20, 46ff.

„vom Vollstatut zum Rumpfstatut“<sup>337</sup>, „gesellschaftsrechtlicher Torso“<sup>338</sup> oder ganz plastisch mit den Worten, es „begann als Wurst und endete als Pelle“<sup>339</sup>.

Die SE ist eine Gesellschaft mit Rechtspersönlichkeit<sup>340</sup>, deren Kapital in Aktien zerlegt ist.<sup>341</sup> Das gezeichnete Kapital der Gesellschaft muss mindestens EUR 120.000,00 betragen.<sup>342</sup> Die Gründung einer SE „auf der grünen Wiese“ ist nicht möglich,<sup>343</sup> es bestehen hingegen vier verschiedene Gründungsvarianten, denen gemein ist, dass sie das Vorhandensein einer oder mehrerer Gesellschaften voraussetzen und dass sie einen grenzüberschreitenden Bezug verlangen<sup>344</sup>: (1) Gründung durch Verschmelzung,<sup>345</sup> (2) Gründung einer Holding-SE,<sup>346</sup> (3) Gründung einer Tochter-SE durch Zeichnung ihrer Aktien<sup>347</sup> sowie (4) Gründung durch formwechselnde Umwandlung<sup>348</sup>.

Hinsichtlich der Organisationsstruktur der SE besteht die Wahlmöglichkeit zwischen einer beispielsweise in Deutschland bekannten dualistischen (Leitungs- und Aufsichtsorgan) und einer vornehmlich im anglo-amerikanischen Raum bekannten monistischen (Verwaltungsrat) Leitungsstruktur.<sup>349</sup> Diese Option stellt für die meisten Länder gleich in doppelter Hinsicht ein absolutes Novum dar. So ist den meisten Mitgliedstaaten nicht nur die Wahlmöglichkeit an sich neu, sondern auch der Umgang mit der jeweils anderen, bislang fremden Organisationsstruktur. Aus diesem Grund wurden in Deutschland ausführliche Regelungen zur monistischen Leitungsstruktur geschaffen,<sup>350</sup> da diesbezüglich im nationalen Recht keinerlei Regelungen vorhanden waren, auf die man im Fall von nationalen Bezugs- und Berührungspunkten des SE-Statuts hätte zurückgreifen können.

In der Richtlinie 2001/86/EG zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer sind die Rahmenbedingungen der Kompromiss

---

<sup>337</sup> Fleischer, AcP 204 (2004), 502, 505.

<sup>338</sup> Fleischer, AcP 204 (2004), 502, 506.

<sup>339</sup> Vgl. Gower/Davies, S. 30 Fn. 153: „It has been unkindly remarked that the SE proposal started as ‚sausage‘ and ended up as a ‚sausage skin‘.“

<sup>340</sup> Art. 1 Abs. 3 SE-VO.

<sup>341</sup> Art. 1 Abs. 2 SE-VO.

<sup>342</sup> Art. 4 Abs. 2 SE-VO.

<sup>343</sup> Siehe hierzu bereits Blanquet, ZGR 2002, 20, 44.

<sup>344</sup> Hirte, NZG 2002, 1, 4; Schwarz, ZIP 2001, 1847, 1850.

<sup>345</sup> Art. 2 Abs. 1 SE-VO.

<sup>346</sup> Art. 2 Abs. 2 SE-VO.

<sup>347</sup> Art. 2 Abs. 3 SE-VO.

<sup>348</sup> Art. 2 Abs. 4 SE-VO.

<sup>349</sup> Vgl. Art. 38 b SE-VO; hierzu auch Hirte, NZG 2002, 1, 5.

<sup>350</sup> Vgl. hierzu Lutter, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, SE-VO Einl. Rn. 34 mwN zur Wahlmöglichkeit als gepresene Innovationsleistung.

gewordenen Verhandlungslösung sowie der ersatzweise eingreifenden Auffangregelung enthalten.<sup>351</sup>

#### 4. Einzelstaatliche Umsetzung (SEAG / SEBG)

In Deutschland greifen neben den Regelungen aus der Verordnung und der Satzung der jeweiligen SE die Regelungen des SE-Ausführungsgesetzes (SEAG)<sup>352</sup> und des SE-Beteiligungsgesetzes (SEBG)<sup>353</sup>, welche in Deutschland zur Ergänzung der Verordnung bzw. zur Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht erlassen wurden.

Neben der Ausübung nationalen Regelungsermessens, das den Mitgliedstaaten durch die Verordnung eingeräumt wird,<sup>354</sup> enthält das deutsche SEAG insbesondere Regelungen zur monistischen Organisationsverfassung. Mit 30 (§§ 20-49 SEAG) von insgesamt 55 Regelungen, die das SEAG umfasst, bilden die Regelungen bezüglich der monistischen Struktur den größten Teil. Dies ist, wie eingangs bereits erwähnt<sup>355</sup>, auf den Umstand zurückzuführen, dass die monistische Organisationsverfassung dem deutschen Recht bislang fremd war.

Mit dem SEBG wurde die Richtlinie 2001/86/EG zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer in Deutschland umgesetzt.<sup>356</sup>

#### 5. Entwicklungsgeschichtliche Probleme

Während die gesellschaftsrechtlichen Meinungsverschiedenheiten spätestens nach dem Verzicht auf eine Kodifizierung von Konzern- und Umwandlungsrecht<sup>357</sup> weitestgehend beseitigt waren, so dass eine in allen Mitgliedstaaten unmittelbare Geltung beanspruchende Verordnung kompromissfähig ausgestaltet werden konnte, kristallisierte sich die Arbeitneh-

---

<sup>351</sup> Siehe hierzu nur *Reichert/Brandes*, ZGR 2003, 767.

<sup>352</sup> Art. 1 des Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) v. 22.12.2004, BGBl. I, S. 3675; Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (SE-Ausführungsgesetz – SEAG).

<sup>353</sup> Art. 2 des Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) v. 22.12.2004, BGBl. I, S. 3675; Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz – SEBG).

<sup>354</sup> Vgl. *Lutter*, in *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Einl. SE-VO Rn. 20.

<sup>355</sup> Siehe oben Teil 1, § 3 A. II. 3. (S. 56 f.).

<sup>356</sup> Zu Einzelheiten der Umsetzung siehe *Oetker*, in: *Lutter/Hommelhoff*, SE Kommentar, Vor § 1 SEBG Rn. 13 ff. mwN.

<sup>357</sup> *Austmann*, in: *MüHdb GesR*, § 82 Rn. 8.

mermitbestimmung als der zentrale Problempunkt heraus<sup>358</sup>. Spätestens seit Separierung der gesellschaftsrechtlichen und der arbeitsrechtlichen Regelungen in Verordnung bzw. Richtlinie konzentrierten sich die entwicklungsgeschichtlichen Probleme auf die Arbeitnehmermitbestimmung. Betont wurden immer wieder die gravierenden rechtskulturellen Unterschiede der Arbeitsrechtssysteme der einzelnen Mitgliedstaaten.<sup>359</sup> Die Interessengegensätze der mitbestimmungsaffinen Staaten, wie beispielsweise Deutschland, welche eine Fluchtoption aus der Mitbestimmung fürchteten, und der mitbestimmungsaversen Staaten, wie beispielsweise Großbritannien, welche den Import von Mitbestimmung fürchteten,<sup>360</sup> führten dazu, dass die Diskussion über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE rund 40 Jahre andauerte. So war es erneut *Hopt*, der die Entwicklung der SE mit wenigen Worten Goethes auf den Punkt brachte, indem er die Arbeitnehmermitbestimmung in der SE als „des Pudels Kern“ bezeichnete<sup>361</sup>.

Den alles entscheidenden Meilenstein der Entwicklung der Mitbestimmung in der SE<sup>362</sup>, aber auch der Mitbestimmung auf Unternehmensebene in Europa insgesamt, bildete die Verabschiedung der Richtlinie 94/45/EG<sup>363</sup> über die Einsetzung eines europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen im Jahr 1994.<sup>364</sup> Diese revolutionierte die Mitbestimmung<sup>365</sup> der Arbeitnehmer auf europäischer Ebene, indem sie erstmals den Grundsatz des Vorrangs der Verhandlungslösung<sup>366</sup> und das lediglich subsidiäre Eingreifen einer gesetzlichen Auffangregelung<sup>367</sup> einführte.<sup>368</sup> Hintergrund dieser Lösung war, dass man bei der Europäischen Betriebsräterichtlinie ebenso wie bei der SE erkannt hatte, dass eine Harmonisierung der nationalen Vorschriften nicht kompromissfähig war.<sup>369</sup> Allerdings wagte man bei der Europäischen Betriebsräterichtlinie den soeben aufgezeigten weiteren Lösungsschritt, der im Folgenden nicht nur die SE, sondern das gesamte europäische Mitbestimmungsrecht prägte.

---

<sup>358</sup> Vgl. *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, Vor. § 1 SEBG Rn. 1ff.; *Kleinmann/Kujath*, in: MMS, Teil C Arbeitsrecht, Vorb. Rn. 1 ff.; *Austmann*, in: MÜHdb GesR, § 82 Rn. 7 ff.; *Heinze*, ZGR 2002, 66f.; *Blanquet*, ZGR 2002, 20f.

<sup>359</sup> So *Heinze*, ZGR 2002, 66, 77.

<sup>360</sup> Zur ablehnenden Haltung Großbritanniens siehe etwa *Figge* (1992), S. 219.

<sup>361</sup> *Hopt*, ZIP 1998, 96, 100.

<sup>362</sup> Siehe zu einer umfassenden Darstellung der Entwicklung der Arbeitnehmermitbestimmung in der SE: *Figge* (1992), S. 175ff.; *Mävers* (2002), S. 87ff.; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, Vor. § 1 SEBG Rn. 1ff..

<sup>363</sup> RL 94/45/EG v. 22.9.1994, ABl. EU Nr. L 254 v. 30.9.1994, S. 64.

<sup>364</sup> Vgl. *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, Vor. § 1 SEBG Rn. 8; *Heinze*, ZGR 2002, 66, 70f.

<sup>365</sup> Auch wenn Regelungsgegenstand der RL 94/45/EG die „betriebliche“ Mitbestimmung ist.

<sup>366</sup> Art. 1 Abs. 2 RL 94/45/EG.

<sup>367</sup> Art. 7 RL 94/45/EG.

<sup>368</sup> *Blanke*, EBRG, S. 157.

<sup>369</sup> Ein Überblick über die Geschichte der Europäischen Betriebsräterichtlinie findet sich bei *Mävers* (2002), S. 273 ff.; *Blanke*, EBRG, S. 207 ff.

So war es die mittlerweile zur Erarbeitung einer kompromissfähigen Lösung hinsichtlich der Arbeitnehmermitbestimmung in der SE eingesetzte Sachverständigengruppe unter der Leitung von *Étienne Davignon*, die diese im Rahmen der Europäischen Betriebsräterichtlinie erzielte Lösung aufgriff. Die vorrangige Verhandlungslösung bildete sodann auch den Kern des 1997 von der Sachverständigengruppe vorgelegten Abschlussberichts (sog. *Davignon-Bericht*)<sup>370</sup>. Dreh- und Angelpunkt der weiteren Verhandlungen bildete jedoch die Suche nach einer kompromissfähigen Auffangregelung.<sup>371</sup> Eine einvernehmliche Lösung bestehend aus vorrangiger Verhandlungslösung und subsidiärer Auffangregelung in Form des sog. Vorher-Nachher-Prinzips konnte erst im Dezember 2000 auf dem Gipfel von Nizza erzielt werden. Aufgrund der kaum mehr für möglich gehaltenen Kompromissfindung wird der gefundene Kompromiss daher gern als „*das Wunder von Nizza*“ bezeichnet.<sup>372</sup>

## 6. Arbeitnehmermitbestimmungsmodell

Das in der SE-RL verankerte und mit dem SEBG in Deutschland umgesetzte Arbeitnehmermitbestimmungsmodell ist durch die Eintragungssperre in Art. 12 Abs. 2 SE-VO<sup>373</sup> mit der SE-VO verknüpft und abgesichert. Diese Vorschrift stellt sicher, dass eine SE grundsätzlich erst dann eingetragen werden kann, wenn eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer getroffen worden ist, ein Beschluss über die Nichtaufnahme oder den Abbruch von Verhandlungen gefasst worden ist oder die Verhandlungsfrist von regelmäßig sechs Monaten<sup>374</sup> erfolglos abgelaufen ist.<sup>375</sup> Eine Ausnahme von dieser Eintragungssperre besteht lediglich im Einzelfall für eine SE ohne Arbeitnehmer, die zudem durch Gesellschaften, die ebenfalls keine Arbeitnehmer beschäftigen, gegründet wurde (häufig bei sog. „Vorrats-SE“ anzutreffen).<sup>376</sup>

Das deutsche SEBG findet nach § 3 Abs. 1 SEBG in drei Fällen Anwendung: (1) bei Inlandsgründungen, (2) unabhängig vom Sitz der SE für in Deutschland beschäftigte Arbeitnehmer sowie (3) bei Auslandsgründungen unter Beteiligung deutscher Gesellschaften. Der Gel-

---

<sup>370</sup> Abschlussbericht der Sachverständigengruppe „European Systems of Worker Involvement“ (1997), BR-Drs. 572/97 v. 6.8.1997.

<sup>371</sup> *Mävers* (2002), S. 312.

<sup>372</sup> *Hirte*, NZG 2002, 1.

<sup>373</sup> Für das Registergericht ergibt sich die Prüfungspflicht unmittelbar aus Art. 12 Abs. 2 SE-VO, da die Verordnung gem. Art. 288 AEUV (früher Art. 249 Satz 2 EGV) unmittelbar geltendes Recht in jedem Mitgliedstaat ist. Siehe dazu *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Art. 12 SE-VO Rn. 24.

<sup>374</sup> Art. 5 Abs. 1 SE-RL bzw. § 20 Abs. 1 SEBG.

<sup>375</sup> Durch einvernehmliche Vereinbarung der Parteien kann die Verhandlungsfrist nach Art. 5 Abs. 2 SE-RL bzw. § 20 Abs. 2 SEBG bis zu insgesamt einem Jahr ab Einsetzung des besonderen Verhandlungsgremiums verlängert werden.

<sup>376</sup> Zur Zulässigkeit der „Vorrats-SE“ und damit zusammenhängende Probleme siehe Teil 1, § 3 A. II. 8. (S. 65 ff.).

tungsbereich des SEBG knüpft folglich nicht allein an den Sitz der SE an, so dass es regelmäßig zu Überschneidungen kommen wird mit der Folge, dass mehrere nationale Beteiligungsgesetze anwendbar sein werden.<sup>377</sup>

In der SE-RL bzw. dem deutschen SEBG sind sowohl die betriebliche als auch die unternehmerische Mitbestimmung geregelt. Im Fokus der vorliegenden Arbeit steht die unternehmerische Mitbestimmung. Dennoch sei aus Gründen der Vollständigkeit erwähnt, dass die im Gegensatz zu einer Regelung über die unternehmerische Mitbestimmung sogar zum Mindestinhalt<sup>378</sup> einer Vereinbarung gehörende betriebliche Mitbestimmung regelmäßig zur Implementierung eines SE-Betriebsrats führt. Dieser verdrängt nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 SEBG (Art. 13 SE-RL) den Europäischen Betriebsrat<sup>379</sup>. Die Regelungen über den Europäischen Betriebsrat leben erst nach Fassung eines Beschlusses über die Nichtaufnahme oder den Abbruch von Verhandlungen erneut auf.<sup>380</sup> Die nationalen Regelungen über die betriebliche Mitbestimmung bleiben hingegen von Anfang an unberührt und können auch nicht über die Fassung eines Beschlusses über die Nichtaufnahme oder den Abbruch von Verhandlungen ausgehebelt werden. Dies ergibt sich unmittelbar aus § 47 Abs. 1 SEBG (Art. 13 SE-RL).

Das Arbeitnehmermitbestimmungsmodell in der SE beruht primär auf einer Verhandlungslösung.<sup>381</sup> Erst wenn eine solche nicht innerhalb der gesetzten Frist<sup>382</sup> zustande kommt, greift gem. § 22 Abs. 1 Nr. 2 SEBG (Art. 7 Abs. 1 lit. b SE-RL) die gesetzliche Auffangregelung der §§ 34 ff. SEBG (Art. 7 SE-RL). Diese greift gem. § 22 Abs. 1 Nr. 1 SEBG (Art. 7 Abs. 1 lit. a SE-RL) ebenfalls, wenn die Parteien, sprich die Leitungen<sup>383</sup> auf Arbeitgeberseite und das besondere Verhandlungsgremium (nachfolgend: „BVG“) auf Arbeitnehmerseite, dies ausdrücklich vereinbaren.

Planen die Leitungen die Gründung einer SE, so müssen sie nach Offenlegung des Verschmelzungsplans, des Gründungsplans für eine Holdinggesellschaft, des Umwandlungsplans oder nach Abschluss der Vereinbarung eines Plans zur Gründung einer Tochtergesellschaft die Arbeitnehmervertretungen und die Sprecherausschüsse in den beteiligten Gesellschaften, betroffenen Tochtergesellschaften und betroffenen Betrieben über das Gründungsvorhaben informieren.<sup>384</sup> Existiert keine Arbeitnehmervertretung, erfolgt die Information gegenüber den Arbeitnehmern.<sup>385</sup> Verbunden mit dieser Information sind die Arbeitnehmer auf-

---

<sup>377</sup> Vgl. *Jacobs*, in: *MüKo AktG*, § 3 SEBG Rn. 4.

<sup>378</sup> Siehe § 21 SEBG bzw. Art. 4 Abs. 2 SE-RL.

<sup>379</sup> RL 94/45/EG bzw. Europäisches Betriebsräte-Gesetz.

<sup>380</sup> Siehe §§ 16, 47 Abs. 1 Nr. 2 SEBG bzw. Art. 3 Abs. 6, Art. 13 SE-RL.

<sup>381</sup> Siehe Art. 1 Abs. 2 und Erwägungsgrund Nr. 8 der SE-RL bzw. § 1 Abs. 2 SEBG.

<sup>382</sup> Siehe hierzu Art. 5 SE-RL bzw. § 20 SEBG.

<sup>383</sup> Zur Begrifflichkeit siehe § 2 Abs. 5 SEBG.

<sup>384</sup> Siehe § 4 Abs. 2 SEBG bzw. Art. 3 Abs. 1 SE-RL.

<sup>385</sup> Siehe § 4 Abs. 2 Satz 2 SEBG bzw. Art. 3 Abs. 1 SE-RL.

zufordern, ein BVG zu bilden.<sup>386</sup> Mit vollständiger Information beginnt die allerdings nationale Zehn-Wochen-Frist zur Bildung des BVG zu laufen.<sup>387</sup> Wird die Frist zur Bildung des BVG aus Gründen, die die Arbeitnehmer zu vertreten haben, überschritten, so beginnt die regelmäßig sechsmonatige Verhandlungsfrist gem. § 11 Abs. 2 SEBG dennoch zu laufen. Damit soll eine gezielte Verzögerungstaktik der Arbeitnehmerseite bezüglich der Eintragung der SE von vornherein unterbunden werden.<sup>388</sup> Eine derartige Regelung kennt die SE-RL nicht. Hinsichtlich der detaillierten Bildung des BVG wird aus Gründen der Übersichtlichkeit auf die §§ 5 ff. SEBG verwiesen.<sup>389</sup>

Den Parteien steht es folglich im Rahmen des Arbeitnehmermitbestimmungsmodells der SE frei, ob sie (1) eine freie Vereinbarung mit dem Mindestinhalt des § 21 SEBG treffen (Art. 4 Abs. 2 SE-RL), (2) die unmittelbare Geltung der gesetzlichen Auffangregelung der §§ 34 ff. SEBG nach § 22 Abs. 1 Nr. 1 SEBG vereinbaren (Art. 7 Abs. 1 SE-RL) oder sie (3) nach § 16 SEBG (Art. 3 Abs. 6 SE-RL) einen Beschluss dahingehend fassen, keine Verhandlungen aufzunehmen oder bereits aufgenommene abubrechen. Ein solcher Beschluss erfordert allerdings eine Zwei-Drittel-Mehrheit der Mitglieder, die mindestens zwei Drittel der Arbeitnehmer in mindestens zwei Mitgliedstaaten vertreten. Ferner ist ein solcher Beschluss nach § 16 Abs. 3 SEBG (Art. 3 Abs. 6 SE-RL) im Falle einer Gründung durch Umwandlung gesperrt, wenn den Arbeitnehmern der umzuwandelnden Gesellschaft Mitbestimmungsrechte zustehen.

Kommt innerhalb der Frist des § 20 SEBG (Art. 5 SE-RL) keine Vereinbarung in Gestalt einer der drei soeben aufgezeigten Formen zustande, greift nach § 22 Abs. 1 Nr. 2 SEBG (Art. 7 Abs. 1 lit. b SE-RL) die gesetzliche Auffangregelung der §§ 34 ff. SEBG (Art. 7 SE-RL). Diese beruht auf dem sog. Vorher-Nachher-Prinzip.<sup>390</sup> Insofern kommt der Gründung durch Umwandlung erneut eine Sonderrolle zu, indem in diesem Fall die bereits bestehenden Mitbestimmungsregeln schlicht fortbestehen.<sup>391</sup> Bei den anderen Gründungsvarianten kommt es zu einem Export des weitreichendsten Mitbestimmungsmodells der betroffenen Gesellschaften.<sup>392</sup> Allerdings kommt es in diesen Fällen nur ab der Überschreitung gewisser Bagatellgrenzen davon betroffener Arbeitnehmer zu einem automatischen Mitbestimmungsexport.<sup>393</sup>

---

<sup>386</sup> Oetker, in: Lutter/Hommelhoff, § 4 SEBG Rn. 9 unter Verweis auf § 4 Abs. 1 SEBG bzw. Art. 3 Abs. 1 SE-RL.

<sup>387</sup> Siehe § 11 Abs. 1 SEBG; lediglich nationale Frist.

<sup>388</sup> Vgl. Krause, BB 2005, 1221, 1223.

<sup>389</sup> Enthalten die detaillierte Umsetzung der Vorgaben aus Art. 3 Abs. 2 SE-RL.

<sup>390</sup> Erwägungsgrund 18 SE-VO.

<sup>391</sup> Siehe §§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 35 Abs. 1 SEBG bzw. Art. 3 Abs. 6 SE-RL.

<sup>392</sup> § 35 Abs. 2 SEBG bzw. 3. Teil des Anhangs der SE-RL.

<sup>393</sup> § 34 Abs. 1 Nr. 2 lit. a und Nr. 3 lit. a SEBG bzw. Art. 7 SE-RL.



Werden die Bagatellgrenzen nicht überschritten, so kann der Export jedoch durch Beschluss des BVG mit einfacher Mehrheit erzwungen werden.<sup>394</sup>

Eine einmal getroffene Regelung über die Arbeitnehmermitbestimmung in der SE besteht grundsätzlich zeitlich unbeschränkt fort, es sei denn, es sind (1) strukturelle Änderungen in der SE geplant, die dazu geeignet sind, die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern; in diesem Fall finden nach § 18 Abs. 3 SEBG<sup>395</sup> auf Antrag der Leitung der SE oder des SE-Betriebsrats erneut Verhandlungen über die Beteiligungsrechte in der SE statt oder (2) sofern ein Beschluss nach § 16 Abs. 1 SEBG (Art. 3 Abs. 6 SE-RL) gefasst wurde, kann nach zwei Jahren auf schriftlichen Antrag von mindestens 10 % der Arbeitnehmer der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe oder ihrer Vertreter gem. § 18 Abs. 1 SEBG (Art. 3 Abs. 6 SE-RL) erneut ein BVG gebildet und verhandelt werden. Beachtlich ist in diesem Zusammenhang die veränderte Verhandlungsposition der Arbeitnehmerseite. Verhandelten sie in der ursprünglichen Ausgangssituation gestärkt durch die gesetzliche Auffangregelung im Rücken, ist ihre Verhandlungsposition in „Neuverhandlungen“ iSv § 18 Abs. 1 SEBG (Art. 3 Abs. 6 SE-RL) deutlich geschwächt, da sie durch den Beschluss nach § 16 Abs. 1 SEBG (Art. 3 Abs. 6 SE-RL) auf dieses sichere Polster verzichtet haben. In diesen besonderen Neuverhandlungssituationen ist demnach die Verhandlungsposition der Arbeitgeberseite gestärkt, da diese sich auf den Negativbeschluss berufen kann.<sup>396</sup>

## 7. Überblick: Das „SE-Modell“

Schritt 1	Verhandlungslösung
greift:	zwingend
greift nicht:	in Ausnahmefällen bei Vorrats-SE
Schritt 2	Gesetzliche Auffangregelung
greift:	(1) nach Scheitern der Verhandlungen  (2) wenn unmittelbare Geltung vereinbart wird  (3) wenn die Nichtaufnahme von Verhandlungen beschlossen

---

<sup>394</sup> Siehe § 34 Abs. 1 Nr. 2 lit. b und Nr. 3 lit. b SE-BG bzw. Art. 7 SE-RL.

<sup>395</sup> Nicht auf eine Regelung in der SE-RL zurückzuführen, allerdings enthält Erwägungsgrund Nr. 8 der SE-RL die Aussage, dass das Vorher-Nachher-Prinzip auch für strukturelle Veränderungen gelten sollte. Siehe hierzu *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, § 18 SEBG Rn. 2.

<sup>396</sup> Vgl. hierzu auch *Krause*, BB 2005, 1221, 1225.

	wurde
greift aber tatsächlich nur:	<p><b>Im Fall einer Gründung durch Umwandlung:</b></p> <p>(4) wenn in der Gesellschaft vor der Umwandlung Bestimmungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan galten</p> <p><b>Im Fall einer Gründung durch Verschmelzung:</b></p> <p>(5) wenn vor Eintragung der SE in einer oder mehreren der beteiligten Gesellschaften eine oder mehrere Formen der Mitbestimmung bestanden und sich <i>auf mindestens 25 % der Gesamtzahl</i> der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften erstreckten oder</p> <p>(6) wenn vor Eintragung der SE in einer oder mehreren der beteiligten Gesellschaften eine oder mehrere Formen der Mitbestimmung bestanden und sich <i>auf weniger als 25 % der Gesamtzahl</i> der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften erstreckten und das BVG einen entsprechenden Beschluss fasst</p> <p><b>Im Fall einer Gründung durch Errichtung einer Holding-Gesellschaft oder einer Tochtergesellschaft:</b></p> <p>(7) wenn vor Eintragung der SE in einer oder mehreren der beteiligten Gesellschaften eine oder mehrere Formen der Mitbestimmung bestanden und sich <i>auf mindestens 50 % der Gesamtzahl</i> der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften erstreckten oder</p> <p>(8) wenn vor Eintragung der SE in einer oder mehreren der beteiligten Gesellschaften eine oder mehrere Formen der Mitbestimmung bestanden und sich <i>auf weniger als 50 % der Gesamtzahl</i> der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften erstreckten und das BVG einen entsprechenden Beschluss fasst</p>

beinhaltet:	Vorher-Nachher-Prinzip (grundsätzlich Export der weitreichendsten Mitbestimmungsregelung)
Ausnahme:	Gründung durch Umwandlung, dann gelten die bestehenden Mitbestimmungsregelungen weiter

## 8. Exkurs: „Vorrats-SE“

Während die aus der Arbeitnehmermitbestimmung resultierenden Probleme in der Entwicklungsgeschichte zunächst durch die Einführung der SE behoben wurden, traten erste praktische Hürden bei der Gründung arbeitnehmerloser Gesellschaften auf. Insbesondere im Rahmen der Gründung sog. „Vorrats-Gesellschaften“,<sup>397</sup> die aufgrund des langwierigen Registerverfahrens gerade im Bereich der SE eine große Rolle spielen<sup>398</sup>. Problematisch ist bei der SE die in Art. 12 Abs. 2 SE-VO verankerte Eintragungskopplung. Danach darf eine SE grundsätzlich nur in das Handelsregister eingetragen werden, wenn eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer getroffen worden ist, ein sog. Negativbeschluss (Art. 3 Abs. 6 SE-RL) gefasst worden ist oder die Verhandlungsfrist von regelmäßig sechs Monaten<sup>399</sup> (Art. 5 SE-RL) erfolglos abgelaufen ist. In der Natur der Sache liegt, dass eine solche Regelung Probleme aufwirft, wenn eine SE keine Arbeitnehmer beschäftigt.<sup>400</sup> In diesen Fällen kann zumindest sie selbst kein besonderes Verhandlungsgremium bilden und entsprechende Verhandlungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer führen.

In einer Entscheidung des LG Hamburg<sup>401</sup> wurde die grundsätzliche Zulässigkeit der Gründung sog. „Vorrats-SE“ bestätigt.<sup>402</sup> Dies entspricht der hM<sup>403</sup>. Darüber hinaus wurde festgestellt, dass für den Fall, dass die SE selbst keine Arbeitnehmer beschäftigt, die an ihrer Gründung beteiligten Gesellschaften jedoch Arbeitnehmer beschäftigen, diese ein besonderes Verhandlungsgremium bilden und eine Regelung bzgl. der Arbeitnehmermitbestimmung in der neu zu gründenden „Vorrats-SE“ treffen müssen. Anderenfalls könne die SE nicht in das Handelsregister eingetragen werden.

---

<sup>397</sup> Kienast, in: Jannott/Frodermann, Kap. 13 Rn. 210.

<sup>398</sup> Forst, RdA 2010, 55; Eidenmüller/Engert/Hornuf, AG 2008, 721.

<sup>399</sup> Durch einvernehmliche Vereinbarung der Parteien kann die Verhandlungsfrist nach Art. 5 Abs. 2 SE-RL bis zu insgesamt einem Jahr ab Einsetzung des besonderen Verhandlungsgremiums verlängert werden.

<sup>400</sup> Siehe zu diesem Argument der Antragstellerin in der Entscheidung des LG Hamburg v. 30.9.2005 – 417 T 15/05, ZIP 2005, 2017, Reinhard, RIW 2006, 68, 69.

<sup>401</sup> LG Hamburg v. 30.9.2005 – 417 T 15/05, ZIP 2005, 2017.

<sup>402</sup> So auch AG München v. 29.3.2006 – HRB 159649, ZIP 2006, 1300; AG Düsseldorf v. 16.1.2006 – HRB 52618, ZIP 2006, 287; OLG Düsseldorf v. 30.3.2009 – I-3 Wx 248/08, ZIP 2009, 918.

<sup>403</sup> Casper, in: Spindler/Stilz, AktG, Art. 3 SE-VO Rn. 27; Casper/Schäfer, ZIP 2007, 653, 654 f.; Jacobs, in: MüKo AktG, § 3 SEBG Rn. 2a; Forst, RdA 2010, 55, 56 mwN.

Etwas anderes gilt jedoch, wenn weder die SE selbst noch die an ihrer Gründung beteiligten Gesellschaften Arbeitnehmer beschäftigen. Für diesen Fall hat das OLG Düsseldorf<sup>404</sup> mittlerweile bestätigt, dass eine SE auch ohne eine Regelung hinsichtlich der Arbeitnehmerbeteiligung einzutragen ist. Allerdings muss eine Beteiligung der Arbeitnehmer bei Aktivierung der „Vorrats-SE“ analog § 18 Abs. 3 SEBG nachgeholt<sup>405</sup> und vor Eintragung entsprechend nachgeprüft werden. Damit hat sich eine in der Literatur zunehmend vertretene Auffassung<sup>406</sup> durchgesetzt.

In der Literatur wird ein breites Meinungsbild vertreten. Während die eine Seite die Gründung einer „Vorrats-SE“ für zulässig hält und deren unmittelbare Eintragung ohne Beteiligung der Arbeitnehmer für möglich erachtet<sup>407</sup>, lehnt die andere Seite eine Gründung von „Vorrats-SE“ ohne Arbeitnehmerbeteiligung generell ab<sup>408</sup>. Des Weiteren werden insbesondere zwei vermittelnde Ansichten vertreten, von denen sich eine in der oben dargestellten Rechtsprechung widerspiegelt. Ausgangspunkt beider Ansichten sowie der Ansicht, die eine Beteiligung der Arbeitnehmer in diesen Konstellationen grundsätzlich für nicht erforderlich hält, ist eine teleologische Reduktion des Art. 12 Abs. 2 SE-VO.<sup>409</sup> Diese ermöglicht zunächst eine Eintragung der „Vorrats-SE“ ohne Beteiligung der Arbeitnehmer für den Fall, dass weder in der „Vorrats-SE“ selbst noch in den an der Gründung beteiligten Gesellschaften Arbeitnehmer vorhanden sind, so dass eine Beteiligung zumindest zu diesem Zeitpunkt nicht möglich ist. Die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer sollen jedoch nach den beiden vermittelnden Ansichten in einem zweiten Schritt gesichert werden. In diesem Punkt unterscheiden sich die beiden Ansichten. Während die eine Ansicht eine analoge Anwendung der §§ 4 ff., 22 ff. SEBG befürwortet<sup>410</sup>, spricht sich die andere für eine analoge Anwendung des § 18 Abs. 3 SEBG aus<sup>411</sup>. Beide stellen auf den Zeitpunkt der Aktivierung der „Vorrats-SE“ ab, knüpfen

---

<sup>404</sup> OLG Düsseldorf v. 30.3.2009 – I 3 Wx 248/08, ZIP 2009, 918.

<sup>405</sup> *Seibt*, ZIP 2005, 2248 ff. stellt darauf ab, dass zehn Arbeitnehmer in den beteiligten Gesellschaften, betroffenen Tochtergesellschaften und betroffenen Betrieben iSv Art. 2 Abs. 2 und Abs. 4 SE-VO beschäftigt sind, da sonst kein BVG gebildet werden kann (vgl. § 5 Abs. 1 SEBG). Zur Mindestgröße des BVG siehe auch Kleinsorge/Freis, SEBG, § 5 Rn. 3.

<sup>406</sup> *Forst*, NZG 2009, 687, 690 ff.; *Forst*, RdA 2010, 55, 56 ff.; *Jacobs*, in: MüKo AktG, § 3 SEBG Rn. 2 b; *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653, 658 allerdings mit der Einschränkung, dass erst nach Aktivierung im Wege eines Statusverfahrens nach § 98 AktG, §§ 25 ff. SEAG zu prüfen ist, ob eine Beteiligung erfolgt ist; *Reinhard*, RIW 2006, 68, 70; aA *Blanke*, ZIP 2006, 789, 792; *Nagel*, in: NFK, GesR SE Rn. 16.

<sup>407</sup> *Henssler*, in: UHH, Einl. SEBG Rn. 172; *Joost*, in: FS Richardi (2007), S. 573, 576f.

<sup>408</sup> *Blanke*, ZIP 2006, 789, 792; *Köstler*, in: Theisen/Wenz, 372; *Nagel*, in: NFK, GesR SE Rn. 16.

<sup>409</sup> Mit ausführlicher Begründung *Forst*, NZG 2009, 687, 688 ff.; *ders.*, RdA 2010, 55; *Schubert*, ZESAR 2006, 340, 342.

<sup>410</sup> *Schubert*, ZESAR 2006, 340, 345 ff.

<sup>411</sup> *Forst*, NZG 2009, 687, 690 ff.; *Forst*, RdA 2010, 55, 56 ff.; *Jacobs*, in: MüKo AktG, § 3 SEBG Rn. 2 b; *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653, 658; *Reinhard*, RIW 2006, 68, 70;

demnach zur Neubestimmung der Mitbestimmungsfrage an den Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung an.<sup>412</sup>

Die Ansicht, die eine analoge Anwendung der §§ 4 ff., §§ 22 ff. SEBG befürwortet,<sup>413</sup> lehnt eine Anwendung des § 18 Abs. 3 SEBG mit der Begründung ab, allein eine nachträgliche Beschäftigung von Arbeitnehmern stelle keine strukturelle Änderung dar. Die Gegenansicht, die eine analoge Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG befürwortet,<sup>414</sup> verweist darauf, dass lediglich eine Vergleichbarkeit zu einer strukturellen Änderung vorliegen muss. Ferner erfasse eine analoge Anwendung der §§ 4 ff. SEBG nicht die Fälle, in denen weder die „Vorrats-SE“ noch die an ihrer Gründung beteiligten Gesellschaften Arbeitnehmer beschäftigen.<sup>415</sup> Eine analoge Anwendung der Auffangregelung würde zudem den Vorrang der Verhandlungslösung umgehen.<sup>416</sup>

Die Ansicht, die einer analogen Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG den Vorzug gibt, ist überzeugend, da sie zu sachgerechten Ergebnissen führt und die Besonderheiten der SE, wie beispielsweise den Vorrang der Verhandlungslösung, berücksichtigt. Derzeit noch nicht geklärt ist die Frage, ob auch in einer SE, die weniger als zehn Arbeitnehmer beschäftigt, eine Beteiligung der Arbeitnehmer erfolgen muss bzw. überhaupt erfolgen kann, da die Bildung eines besonderen Verhandlungsgremiums zehn Arbeitnehmer<sup>417</sup> erfordert.<sup>418</sup> Man wird daher die Grenze von zehn Arbeitnehmern als einen Schwellenwert verstehen können, unterhalb dessen eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer mangels sinnvoller Umsetzbarkeit nicht erfolgen kann. Diese Umsetzung ist konsequent, da es sich bei der SE nicht um eine originär mitbestimmte Rechtsform handelt, sondern lediglich bereits vorhandene Mitbestimmungsstandards gesichert werden sollen. Selbst bei deutschen oder skandinavischen Kapitalgesellschaftsformen existiert unterhalb eines Schwellenwertes von zehn Arbeitnehmern keine Verpflichtung zur Mitbestimmung.

---

<sup>412</sup> Vgl. bspw. *Schubert*, ZESAR 2006, 340, 345 ff.; *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653, 658, diese halten jedoch eine Überprüfung, ob eine Beteiligung erfolgt ist nach Aktivierung im Wege eines Statusverfahrens nach § 98 AktG, §§ 25 ff. SEAG für ausreichend.

<sup>413</sup> Siehe *Schubert*, ZESAR 2006, 340, 345 ff.

<sup>414</sup> Siehe nur *Forst*, NZG 2009, 687, 690 ff.

<sup>415</sup> *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653, 659.

<sup>416</sup> Ausführliche Darstellung bei *Forst*, RdA 2010, 55, 57 ff.

<sup>417</sup> Zur Mindestgröße des BVG siehe auch *Kleinsorge/Freis*, SEBG, § 5 Rn. 3.

<sup>418</sup> *Seibt*, ZIP 2005, 2248, 2250 f.; *Forst*, RdA 2010, 55, 59; aA *Heckschen*, in: FS Westermann (2008), S. 999, 1007.

### III. Societas Cooperativa Europaea („SCE“)

#### 1. Entwicklungsgeschichte

Die Idee einer Europäischen Genossenschaft und die ersten Bestrebungen dahingehend reichen bis in die 1970er Jahre zurück.<sup>419</sup> Politisch Fahrt aufgenommen hat die Europäische Genossenschaft jedoch erst mit zwei Entschlüssen des Europäischen Parlaments aus den Jahren 1983<sup>420</sup> und 1987<sup>421</sup>. Auf diese reagierte die Europäische Kommission zunächst allerdings ablehnend in ihrer Mitteilung an den Rat<sup>422</sup>, da sie die EWIV als ausreichend für derartige Zusammenschlüsse ansah.

Unterdessen erarbeiteten die Europäischen Genossenschaftsverbände einen ersten inoffiziellen Entwurf für das Statut einer Europäischen Genossenschaft,<sup>423</sup> welcher sodann die Basis des ersten am 6. März 1992 von der Kommission vorgelegten offiziellen Verordnungsentwurfs<sup>424</sup> bildete. Begleitet wurde der Verordnungsentwurf der Kommission von Beginn an durch eine ergänzende Richtlinie hinsichtlich der Rolle der Arbeitnehmer<sup>425</sup>. Einen weiteren aufgrund der Beratungen des Europäischen Parlaments<sup>426</sup> modifizierten Verordnungsvorschlag<sup>427</sup> samt ergänzender Richtlinie hinsichtlich der Rolle der Arbeitnehmer<sup>428</sup> legte die Kommission am 6. Juli 1993 vor. Nach geringfügigen inhaltlichen Änderungen infolge der Stellungnahme des Europäischen Parlaments im Mai 2003<sup>429</sup> sowie redaktionellen Änderungen<sup>430</sup> wurden die Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE)<sup>431</sup> und die Richtlinie 2003/72/EG des Rates vom 22. Juli 2003 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer erlassen. Geltung beansprucht die Verordnung nach Art. 80 jedoch erst seit dem 18. August 2006. Bis zu diesem Tag musste zudem die Richtlinie gem. Art. 16 SCE-RL in nationales Recht umgesetzt worden sein, so dass seit dem 18. August 2006 die Möglichkeit der Gründung einer SCE besteht.

---

<sup>419</sup> *Schulze*, in: Handbuch SCE, Kap. 1 Rn. 26.

<sup>420</sup> ABl. Nr. C 128 v. 16.5.1983, S. 51.

<sup>421</sup> ABl. Nr. C 246 v. 14.9.1987, S. 94.

<sup>422</sup> Mitteilung der Kommission an den Rat v. 18.12.1989, Die Unternehmen der Economie Sociale und die Schaffung des Europäischen Marktes ohne Grenzen, SEK (89) 2187 endgültig, S. 11-13 BR-Drs. 33/90.

<sup>423</sup> Siehe hierzu *Schaffland*, DWiR 1991, 18 ff.

<sup>424</sup> KOM (91) 273 endgültig-SYN 388, ABl. EG Nr. C 99 v. 21.4.1992, S. 17.

<sup>425</sup> KOM (91) 273 endgültig-SYN 389, ABl. EG Nr. C 99 v. 21.4.1992, S. 37.

<sup>426</sup> Vgl. *Blomeyer*, BB 2000, 1741 mwN.

<sup>427</sup> KOM (93) 252 endgültig-SYN 388, ABl. EG Nr. C 236 v. 31.8.1993, S. 17.

<sup>428</sup> KOM (93) 252 endgültig-SYN 389, ABl. EG Nr. C 236 v. 31.8.1993, S. 36.

<sup>429</sup> P5\_TA(2003)0209 v. 14.5.2003, ABl. EG Nr. C 67E v. 17.3.2004, S. 175.

<sup>430</sup> Bspw. Die Europäische Genossenschaft (vormals: „EUGEN“) erhält wie schon die SE eine allgemeingültige lateinische Bezeichnung (heute: „Societas Cooperativa Europaea“, kurz: „SCE“).

<sup>431</sup> ABl. EG Nr. L 207 v. 18.8.2003, S. 1.

Der EuGH bestätigte mit Urteil vom 2. Mai 2006,<sup>432</sup> dass Art. 308 EGV die richtige Rechtsgrundlage ist und wies daher die Nichtigkeitsklage des Europäischen Parlaments, welches der Ansicht war, Art. 95 EGV hätte als Rechtsgrundlage für die Verordnung herangezogen werden müssen, ab.<sup>433</sup>

## 2. Zielrichtung

Nachdem mit der EWIV und der SE mittlerweile zwei supranationale Kooperations- bzw. Gesellschaftsformen eingeführt worden waren, sollte mit der SCE eine weitere Rechtsform geschaffen werden, die speziell auf die Bedürfnisse von Genossenschaften ausgerichtet ist. Dass es hierfür entgegen der zunächst von der Europäischen Kommission vertretenen Meinung einer gesonderten weiteren Rechtsform bedurfte, wurde in den Erwägungsgründen Nr. 4 und 5 SCE-VO ausdrücklich klargestellt. Die Einführung der SCE dient der Förderung der länderübergreifenden Tätigkeit von Genossenschaften zur Stärkung des Europäischen Binnenmarktes.<sup>434</sup> Gerade Genossenschaften, welche überwiegend in den Bereichen Kreditwesen, Wohnungsbau und Landwirtschaft Verwendung finden, kommt eine nicht zu unterschätzende wirtschaftliche Bedeutung zu.<sup>435</sup>

Eine der Besonderheiten einer SCE, denen in der VO besondere Beachtung beigemessen werden musste, ist der Grundsatz des Vorrangs der Person gegenüber dem Kapital.<sup>436</sup> Hauptzweck der SCE soll dementsprechend sein, im Einklang mit den in der Verordnung näher bezeichneten Grundsätzen den Bedarf ihrer Mitglieder zu decken und/oder deren wirtschaftliche und/oder soziale Tätigkeit zu fördern.<sup>437</sup> Im Vordergrund einer SCE stehen daher ebenso wie bei einer nationalen Genossenschaft ihre Mitglieder. Als Besonderheit gegenüber den nationalen Genossenschaften tritt ebenso wie bei ihren Vorreitern, EWIV und SE, der grenzüberschreitende Bezug hinzu.<sup>438</sup>

---

<sup>432</sup> EuGH v. 2.5.2006 – C-436/03 –, Slg. 2006, I-3733=EuZW 2006, 380

<sup>433</sup> Siehe hierzu auch *Kleinsorge*, in: NFK, Einf. SCE Rn. 2 ff; siehe zu dem vorangegangenen Streit um die Rechtsgrundlage *Schulze*, NZG 2004, 792.

<sup>434</sup> Vgl. Erwägungsgründe Nr. 2 und 6 SCE-VO.

<sup>435</sup> *Schulze*, NZG 2004, 792.

<sup>436</sup> Siehe Erwägungsgrund Nr. 8 SCE-VO.

<sup>437</sup> Siehe Erwägungsgrund Nr. 10 SCE-VO.

<sup>438</sup> Vgl. bspw. Erwägungsgrund Nr. 13 SCE-VO.

### 3. Ausgestaltung von Verordnung und begleitender Richtlinie

Mit der VO (EG) Nr. 1435/2003, kurz SCE-VO, wurde die dritte supranationale Rechtsform eingeführt. Die oben bereits geschilderte Beschränkung des Hauptzwecks einer SCE, der nur in einer Bedarfsdeckung ihrer Mitglieder und/oder Förderung ihrer wirtschaftlichen und/oder sozialen Tätigkeit bestehen kann, ist in Art. 1 Abs. 3 SCE-VO geregelt. Gegründet werden kann eine SCE nach Art. 2 Abs. 1 SCE-VO von mindestens fünf natürlichen Personen allein oder in Kombination mit einer juristischen Person, von juristischen Personen, durch Verschmelzung zweier nationaler Genossenschaften sowie durch Umwandlung einer nationalen Genossenschaft. Alle Gründungsvarianten haben allerdings als zwingende Voraussetzung einen grenzüberschreitenden Bezug gemein.

Mit der SCE entsteht nach Art. 1 Abs. 2 und 5 SCE-VO eine Rechtsform, deren Grundkapital in Geschäftsanteile zerlegt ist, und die eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. Charakteristisch ist, dass die Mitgliederzahl und das Grundkapital nach Art. 1 Abs. 2 SCE-VO veränderlich sind. Die Einzahlungen auf die Geschäftsanteile müssen nach Art. 3 Abs. 2 SCE-VO allerdings mindestens 30.000 € betragen, es sei denn in einzelnen Mitgliedstaaten sind höhere Einzahlungen auf Geschäftsanteile vorgesehen, dann sind nach Art. 3 Abs. 3 SCE-VO diese Regelungen auf eine SCE mit Sitz in dem betreffenden Mitgliedstaat anzuwenden. Abgesehen von der Mindesteinzahlungsvorschrift bestehen keine zwingenden Vorschriften über das Grundkapital einer SCE. Die nachträgliche Veränderbarkeit des Grundkapitals ist vielmehr charakteristisch für diese Rechtsform.<sup>439</sup> Das Grundkapital kann nach Art. 3 Abs. 5 SCE-VO durch Rückzahlung herabgesetzt werden, soweit durch die Rückzahlung der gem. Art. 3 Abs. 4 SCE-VO in der Satzung mögliche Festsetzungsbetrag nicht unterschritten wird. Dieser Festsetzungsbetrag darf wiederum die nach Art. 3 Abs. 2 SCE-VO erforderlichen Mindestkapitalerfordernisse nicht unterschreiten. Des Weiteren haften die Mitglieder einer SCE nach Art. 1 Abs. 2 SCE-VO nur bis zur Höhe ihres eingezahlten Geschäftsanteils, sofern in der Satzung keine abweichende Vereinbarung getroffen worden ist. Die Haftungsbeschränkung ist nach außen durch einen entsprechenden Zusatz der SCE kenntlich zu machen (in Deutschland: „mit beschränkter Haftung“).

Nach Art. 36 SCE-VO verfügt eine SCE über eine Generalversammlung und wahlweise ein Aufsichts- und ein Leitungsorgan (dualistische Struktur) oder ein Verwaltungsorgan (monistische Struktur). Dieses Wahlrecht ist bereits aus der SE-VO bekannt.<sup>440</sup> Des Weiteren bereits aus der SE-VO bekannt sind die Kopplung von Satzungs- und Verwaltungssitz (Art. 6 SCE-VO) sowie die Kopplung an die ergänzende Richtlinie hinsichtlich der Beteiligung der Arbeit-

---

<sup>439</sup> Vgl. hierzu *Schulze*, in: Handbuch SCE, Kap. 1 Rn. 8; *ders.*, NZG 2004, 792, 793.

<sup>440</sup> Siehe oben Teil 1, § 3 A. II. 3. (S. 56).



nehmer.<sup>441</sup> So kann auch die SCE nach Art. 11 Abs. 2 SCE-VO erst in das Register eingetragen werden, wenn (1) eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer gem. Art. 4 der RL 2003/72/EG geschlossen worden ist, (2) ein Beschluss nach Art. 3 Abs. 6 der genannten Richtlinie gefasst worden ist oder (3) die Verhandlungsfrist nach Art. 5 der genannten Richtlinie abgelaufen ist, ohne dass eine Vereinbarung zustande gekommen ist.

Die Richtlinie 2003/72/EG des Rates vom 22. Juli 2003 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer entspricht weitestgehend der SE-Beteiligungsrichtlinie.<sup>442</sup> Die größte Neuerung gegenüber der SE-Beteiligungsrichtlinie ist die bei der SCE hinzugetretene Möglichkeit der Neugründung durch natürliche und/oder juristische Personen. Ein Verhandlungsverfahren nach Art. 3 bis 7 SCE-RL soll in den Fällen, in denen eine SCE ausschließlich von natürlichen Personen oder von nur einer einzigen juristischen Person zusammen mit natürlichen Personen gegründet wird, gemäß Art. 8 Abs. 1 SCE-RL nur stattfinden, wenn diese in mindestens zwei Mitgliedstaaten insgesamt mindestens 50 Arbeitnehmer oder mehr beschäftigen. Wird diese Schwelle nicht erreicht, so verweist Art. 8 Abs. 2 SCE-RL auf die nationalen Vorschriften. Allerdings ist es nach Art. 8 Abs. 3 SCE-RL möglich, unter den dort genannten Voraussetzungen die Regelungen über die Verhandlungslösung auf Antrag entsprechend anzuwenden.

#### 4. Einzelstaatliche Umsetzung

Die einzelstaatliche Umsetzung erfolgte in Deutschland wie bereits bei ihrer Vorgängerin der SE in einem Artikelgesetz.<sup>443</sup> Das Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts vom 14. August 2006<sup>444</sup> enthielt in Art. 1 die zur Einführung der SCE notwendigen Ausführungsbestimmungen (SCE-Ausführungsgesetz; kurz: „SCEAG“), in Art. 2 die Umsetzung der SCE-Beteiligungsrichtlinie (SCE-Beteiligungsgesetz, kurz: „SCEBG“), in Art. 3 umfangreiche Änderungen des nationalen Genossenschaftsrechts sowie redaktionelle Änderungen nationaler Vorschriften in Art. 4 bis 20 und in Art. 21 das Inkrafttreten des Gesetzes am 18. August 2006.

Das SCEAG übt die von der SCE-VO vorgegebenen Wahlrechte hinsichtlich einzelner Regulationsfragen aus und führt die teils noch nicht existenten notwendigen nationalen Vorschriften ein.<sup>445</sup> Das SCEAG enthält Regelungen hinsichtlich Gründung und Struktur sowie hinsichtlich

---

<sup>441</sup> Siehe oben Teil 1, § 3 A. II. 3. (S. 56) u. 6. (S. 60).

<sup>442</sup> Vgl. hierzu *Kleinsorge*, in: NFK, Einf. SCE Rn. 13; *Kisker*, RdA 2006, 206, 208 f.

<sup>443</sup> Siehe zu Einzelheiten des Gesetzgebungsverfahrens *Kleinsorge*, in: NFK, Einf. SCE Rn. 18 ff.

<sup>444</sup> BGBl. I 2006, 39 v. 17.8.2006.

<sup>445</sup> Vgl. BR-Drs. 71/06 v. 27.1.2006, S. 1.

formeller Fragen der Eintragung aber auch darüber hinaus gehende inhaltliche Regelungen wie die Zulassung investierender Mitglieder in § 4 SCEAG.

Mit dem SCEBG wurde die Richtlinie 2003/72/EG zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer in Deutschland umgesetzt.<sup>446</sup>

Die größte Beachtung wurde jedoch den Änderungen des nationalen Genossenschaftsrechts beigemessen.<sup>447</sup> Mit den weitreichenden Neuerungen wollte man das nationale Genossenschaftsrecht im Hinblick auf die neu hinzutretende europäische Alternative attraktiver gestalten.<sup>448</sup>

## 5. Entwicklungsgeschichtliche Probleme

Das Vorhaben SCE stagnierte seit Vorlage des Entwurfs im Jahr 1992 über lange Jahre mangels möglicher Einigung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer.<sup>449</sup> Die im Rahmen des Vorhabens der SE gefundene Mitbestimmungslösung konnte daher auch der SCE zum Durchbruch verhelfen. So konnte die SCE-VO einschließlich begleitender Richtlinie über die Beteiligung der Arbeitnehmer nur zwei Jahre nach der SE-VO und der SE-RL verabschiedet werden. Die Vorbildfunktion der SE ist ganz klar an den nahezu identischen Beteiligungsrichtlinien zu erkennen. Die SCE-RL enthält lediglich marginale Veränderungen gegenüber der SE-RL, welche zudem vornehmlich auf die neu hinzugekommenen Gründungsvarianten zurückzuführen sind.

## 6. Arbeitnehmermitbestimmungsmodell

Das Arbeitnehmermitbestimmungsmodell der SCE ist in der SCE-Beteiligungsrichtlinie geregelt und durch das SCEBG in nationales Recht umgesetzt worden. Die in Art. 11 Abs. 2 SCE-VO vorgesehene Kopplung der Eintragung der SCE an eine Mitbestimmungslösung in

---

<sup>446</sup> Zu Einzelheiten der Umsetzung siehe, *Kleinsorge*, in: NFK, Einf. SCE Rn. 22 ff.

<sup>447</sup> Vgl. ausführlich zu den nationalen Änderungen *Schaffland/Korte*, NZG 2006, 253.

<sup>448</sup> Vgl. BR-Drs. 71/06 v. 27.1.2006, S. 1.

<sup>449</sup> *Habersack/Verse*, § 14 Rn. 1.

der einzutragenden SCE entspricht ebenso wie die meisten Beteiligungsvorschriften denen der SE.<sup>450</sup>

Ausgangspunkt und Basis des Modells ist das bereits von der SE bekannte und in Erwägungsgrund 21 der SCE-RL verankerte Vorher-Nachher-Prinzip mit vorrangiger Verhandlungslösung. Im Falle des Scheiterns greift, wie ebenfalls von der SE bekannt, die gesetzliche Auffangregelung, die von den Mitgliedstaaten den Anforderungen der Richtlinie entsprechend festgelegt wurde, ein.<sup>451</sup> Sitzstaat und Hauptverwaltungssitz sind, wie ebenfalls von der SE bekannt, aneinander gekoppelt (Art. 6 SCE-VO). Zudem findet bei einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung nach Art. 7 iVm Art. 8 Abs. 1 lit. c SCE-VO ein Statutenwechsel hinsichtlich des subsidiär anwendbaren nationalen Rechts statt.<sup>452</sup> Ausdrückliche Erwähnung<sup>453</sup> hat in der SCE-RL in diesem Zusammenhang ferner die Wahrung des Mitbestimmungsniveaus bei grenzüberschreitender Sitzverlegung gefunden. Art. 8 Abs. 2 SCE-RL bzw. § 41 Abs. 4 SCEBG verlangen im Falle einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung, dass nach der Sitzverlegung mindestens dasselbe Niveau an Mitbestimmungsrechten zu gewährleisten sei.

Die Regelungen über das Besondere Verhandlungsgremium (BVG) als Verhandlungspartner auf Seiten der Arbeitnehmer sowie die weiteren Verhandlungsmöglichkeiten und Verhandlungsmodalitäten entsprechen den bereits aus der SE bekannten Vorschriften.

Ein Novum hingegen ist die Möglichkeit der Neugründung unter Beteiligung natürlicher Personen. Daher bedurfte es hierfür der Schaffung eigenständiger Mitbestimmungsregelungen in der SCE. Nach Art. 8 SCE-RL bzw. § 41 SCEBG greift die Verhandlungslösung einschließlich der subsidiär eingreifenden Auffangregelung im Falle einer Gründung durch ausschließlich natürliche Personen oder durch nur eine juristische Person zusammen mit natürlichen Personen erst ab einem Schwellenwert von 50 Arbeitnehmern, die zudem in mindestens zwei Mitgliedstaaten beschäftigt sein müssen. Werden diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so greift das nationale Mitbestimmungsrecht des Sitzstaates. Allerdings gelangt die Verhandlungslösung einschließlich der subsidiär eingreifenden Auffangregelung nach Art. 8 Abs. 3 SCE-RL bzw. § 41 Abs. 3 SCEBG in diesen Konstellationen dennoch zur Anwendung, wenn mindestens ein Drittel der Arbeitnehmer der SCE, ihrer Tochtergesellschaften und ihrer Betriebe, die aus mehreren Mitgliedstaaten kommen, einen entsprechenden Antrag

---

<sup>450</sup> Vgl. zur Vorbildfunktion der SE und zur Parallelität der Vorschriften *Kisker*, RdA 2006, 206, 208; *Kleinsorge*, in: NFK, Einf. SCE Rn. 5 u 13 sowie die Entsprechungsübersicht von *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, Vor § 1 SEBG Rn. 31.

<sup>451</sup> Art. 7 SCE-RL bzw. § 22 Abs. 1 Nr. 2 SCEBG.

<sup>452</sup> *Kisker*, RdA 2006, 206, 209.

<sup>453</sup> Vgl. zur klarstellenden Funktion dieser nunmehr ausdrücklichen Regelung *Kleinsorge*, in: NFK, Einf. SCE Rn. 33; *Kisker*, RdA 2006, 206, 209.

stellt oder in der SCE, ihren Tochtergesellschaften und ihren Betrieben die Gesamtzahl von 50 Arbeitnehmern, die aus mehreren Mitgliedstaaten kommen, erreicht oder überschritten wird.

Mit dem SCE-Modell hat die durch die SE für die europäische Ebene etablierte Mitbestimmungslösung von vorrangiger Mitbestimmungslösung und subsidiärer Auffangregelung in Form des Vorher-Nachher-Prinzips folglich erste Risse bekommen. Eine SCE kann im Gegensatz zur SE unter anderem durch natürliche Personen oder unter Beteiligung von natürlichen Personen von der grünen Wiese gegründet werden. Für diese Fälle wollte man die SCE nicht mit der aufwendigen und kostenintensiven vorrangigen Verhandlungslösung beschweren. Daher entschied man sich für den wohl pragmatischsten Weg und griff für den Fall, dass der Schwellenwert von 50 Arbeitnehmern, die zudem mindestens in zwei Mitgliedstaaten beschäftigt werden, nicht erreicht wird, auf die nationalen Mitbestimmungsregelungen des Sitzstaates der SCE zurück. Eine Lösung, die im Fall der SCE praktikabel sein mag und zudem geeignet war, einen politischen Kompromiss zu erzielen. Allerdings kann Genossenschaften, die vornehmlich in gewissen Sparten (Kreditwesen, Wohnungsbau und Landwirtschaft)<sup>454</sup> Verwendung finden, nicht die gleiche praktische Bedeutung beigemessen werden wie beispielsweise Aktiengesellschaften oder gar kleineren Kapitalgesellschaftsformen wie der GmbH oder zukünftig vielleicht der SPE. Festzustellen bleibt an dieser Stelle, dass das europäisch etablierte SE-Modell durch die SCE erste Risse bekommen hat.

Eine weniger bedeutsame, aber dennoch nicht zu unterschlagende Neuerung hat das SCE-Modell durch Art. 4 Abs. 2 lit. h SCE-RL erfahren. Diese wird gemeinhin als Weiterentwicklung gegenüber dem SE-Modell gesehen.<sup>455</sup> Danach soll neben weiteren Fällen, in denen Neuverhandlungen stattfinden sollen, gerade auch der Fall nachträglicher struktureller Änderungen in der SCE, ihren Tochtergesellschaften und Betrieben als Neuverhandlungsgrund in die zu treffende Vereinbarung aufgenommen werden.

#### 7. Überblick: Das „SCE-Modell“

Schritt 1	Verhandlungslösung
greift:	zwingend,
außer:	die SCE wird ausschließlich von natürlichen Personen oder von nur einer einzigen juristischen Person sowie natürlichen Personen

---

<sup>454</sup> Siehe hierzu Teil 1, § 3 A. III. 2. (S. 55).

<sup>455</sup> Kleinsorge, in: NFK, Einf. SCE Rn. 16.

	<p>gegründet, die insgesamt weniger als 50 Arbeitnehmer oder in nur einem Mitgliedstaat 50 oder mehr Arbeitnehmer beschäftigen,</p> <p>dann:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(1) grds. nationale Regelungen des Sitzstaates</li> <li>(2) eine entsprechende Anwendung der Verhandlungslösung mit subsidiärer Geltung der gesetzlichen Auffangregelung greift nach Antragstellung oder bei Erreichen der oben genannten Voraussetzungen</li> </ul>
<b>Schritt 2</b>	<b>Gesetzliche Auffangregelung</b>
greift:	siehe Regelung bei SE
<b>Darüber hinaus</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>(3) Wahrung des Mitbestimmungsniveaus bei grenzüberschreitender Sitzverlegung</li> <li>(4) In der zu treffenden Vereinbarung sollen neben weiteren Fällen, in denen Neuverhandlungen stattfinden, gerade auch der Fall nachträglicher struktureller Änderungen in der SCE, ihren Tochtergesellschaften und Betrieben als Neuverhandlungsgrund aufgenommen werden</li> </ul>

#### **IV. Zehnte gesellschaftsrechtliche Richtlinie (Richtlinie über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten; kurz: „10. RL“)<sup>456</sup>**

##### **1. Entwicklungsgeschichte**

Die Pläne, ein Instrument zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften zur Verfügung zu stellen, reichen bis in die frühen 1970er Jahre zurück.<sup>457</sup> Da auch die Verschmelzung von der nach Art. 49, 54 AEUV (früher Art. 43 und 48 EGV) gewährleisteten Niederlassungsfreiheit umfasst ist, wäre es bereits damals möglich gewesen, die grenzüberschreitende Verschmelzung im Wege eines Abkommens auf Grundlage des Art. 220 EWG (später Art. 293 EGV) zu ermöglichen.<sup>458</sup> Allerdings konnte man sich 1978 nur über eine innerstaatliche Verschmelzungsrichtlinie (3. RL, Fusionsrichtlinie) einigen,<sup>459</sup> so dass die Überlegungen hinsichtlich einer grenzüberschreitenden Verschmelzungsrichtlinie zunächst nicht näher konkretisiert wurden.

Einen ersten Vorschlag über eine grenzüberschreitende Verschmelzungsrichtlinie legte die Europäische Kommission am 14. Januar 1985<sup>460</sup> vor. Aufgrund der unterschiedlichen Ansichten über die Frage der Mitbestimmung der Arbeitnehmer konnte jedoch keine Einigung erzielt werden.<sup>461</sup> Das Vorhaben lag lange Jahre auf Eis, bis die Kommission den Vorschlag in 2001 schließlich zurückzog.<sup>462</sup> Erst nach dem im Dezember 2000 in Nizza erzielten Mitbestimmungskompromiss im Rahmen der SE wurde auch die Arbeit an der grenzüberschreitenden Verschmelzungsrichtlinie wieder aufgenommen. Am 18. November 2003 legte die Kommission einen vollständig überarbeiteten Entwurf<sup>463</sup> basierend auf dem SE-Modell vor, über den im November 2004 eine informelle Einigung im Rat erzielt werden konnte<sup>464</sup>. Im Mai 2005 verabschiedete das Parlament den leicht abgeänderten Entwurf<sup>465</sup>. Die endgültige Beschlussfassung im Rat erfolgte am 20. September 2005.<sup>466</sup> Die Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung

---

<sup>456</sup> Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten.

<sup>457</sup> Vgl. *Heuschmid*, AuR 2006, 184, 185.

<sup>458</sup> Vgl. *Nagel*, NZG 2006, 97.

<sup>459</sup> Dritte Richtlinie des Rates v. 9. Oktober 1978 betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften 78/855/EWG, ABl. NR. L 295/36 v. 20.10.1978; siehe hierzu *Habersack/Verse*, § 8.

<sup>460</sup> KOM (84) 727 endgültig, ABl. EU Nr. C 23/11 v. 25.1.1985, vgl. dazu *Däubler*, DB 1988, 1850 ff.

<sup>461</sup> Vgl. *Neye*, ZIP 2005, 1893; *Heuschmid*, AuR 2006, 184, 185; *Nagel*, NZG 2006, 97; *Schubert*, RdA 2007; siehe auch Begründung des Richtlinienvorschlags KOM (2003) 703 endgültig v. 18.11.2003, S. 2 f.

<sup>462</sup> Siehe hierzu Begründung des Richtlinienvorschlags KOM (2003) 703 endgültig v. 18.11.2003, S. 2 f.

<sup>463</sup> KOM (2003) 703 endgültig v. 18.11.2003.

<sup>464</sup> Vgl. Ratsdokument 15315/04 v. 26.11.2004.

<sup>465</sup> Vgl. Ratsdokument 8728/05 v. 18.5.2005.

<sup>466</sup> Vgl. Pressemitteilung des Rates v. 12.10.2005, S. 24;

[http://ue.eu.int/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/de/agricult/86550.pdf](http://ue.eu.int/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/agricult/86550.pdf).

von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten<sup>467</sup> trat am 15. Dezember 2005 in Kraft und musste nach Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie bis zum 15. Dezember 2007 in nationales Recht umgesetzt werden.

## 2. Zielrichtung

Während sich der ursprüngliche Entwurf aus dem Jahr 1985 nur an Aktiengesellschaften richtete, umfasste der vollständig überarbeitete Entwurf aus dem Jahr 2003 bereits alle Kapitalgesellschaften.<sup>468</sup> Diese Neuausrichtung ist darauf zurückzuführen, dass man gerade kleine und mittlere Kapitalgesellschaften, die nicht zur Zielgruppe der SE gehören, die Möglichkeit zur grenzüberschreitenden Aktivität erleichtern möchte.<sup>469</sup>

Im Gegensatz zu den drei bisher geschilderten supranationalen Vorhaben sollte in diesem Fall keine neue Rechtsform geschaffen, sondern die bereits bestehenden Regelungen harmonisiert werden. Bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung müssen jeweils die nationalen Vorschriften beachtet<sup>470</sup> und in Einklang gebracht werden.<sup>471</sup> Die Zehnte Richtlinie fungiert in diesem Zusammenhang als eine Art Schaltstelle. Die nationalen Regelungen finden weiterhin Anwendung, werden jedoch soweit nötig durch die Richtlinie in Einklang gebracht, um die bislang bestehenden administrativen Schwierigkeiten abzubauen und auf diese Weise Kosten zu senken und Rechtssicherheit herbeizuführen.<sup>472</sup> Die Zehnte Richtlinie dient somit der weiteren Liberalisierung des Europäischen Binnenmarktes auf dem Weg zu dessen Vollendung und reibungsloser Funktionsweise.<sup>473</sup>

## 3. Ausgestaltung der Richtlinie

Die mit 21 Artikeln recht schlank ausgestaltete Richtlinie richtet sich an die Mitgliedstaaten (Art. 21) und beinhaltet einen gesellschaftsrechtlichen sowie einen arbeitsrechtlichen Teil (im Wesentlichen Art. 16).<sup>474</sup> In dem gesellschaftsrechtlichen Teil sind neben grundlegenden Regeln über den Anwendungsbereich (Art. 1 und 3) und Begriffsbestimmungen (Art. 2), die

---

<sup>467</sup> ABl. EU Nr. L 310 v. 25.11.2005, S. 1.

<sup>468</sup> Siehe hierzu Begründung des Richtlinienvorschlags KOM (2003) 703 endgültig v. 18.11.2003, S. 3.

<sup>469</sup> Siehe hierzu Begründung des Richtlinienvorschlags KOM (2003) 703 endgültig v. 18.11.2003, S. 2.

<sup>470</sup> Vgl. zur Anwendbarkeit nationalen Rechts Art. 4 RL 2005/56/EG.

<sup>471</sup> Vgl. *Teichmann*, Der Konzern 2007, 89.

<sup>472</sup> Siehe hierzu Begründung des Richtlinienvorschlags KOM (2003) 703 endgültig v. 18.11.2003, S. 2.

<sup>473</sup> Vgl. Erwägungsgrund Nr. 1 RL 2005/56/EG.

<sup>474</sup> Siehe ausführlich zur Ausgestaltung der Richtlinie *Neye*, ZIP 2005, 1893; *Heuschmid*, AuR 2006, 184; *Nagel*, NZG 2006, 97.

allgemeingültigen Voraussetzungen für grenzüberschreitende Verschmelzungen (Art. 4 ff.) sowie über die Wirkungen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (Art. 14) enthalten. Grundsätzlich gilt jedoch der Vorrang des nationalen Rechts soweit die Richtlinie nicht entgegensteht (Art. 4).

Von besonderer Relevanz ist die Regelung über den gemeinsamen Verschmelzungsplan in Art. 5. Dieser ist sozusagen das Herz der Verschmelzung. Daher ordnet die Überprüfungsregelung in Art 11 ausdrücklich an, dass die zuständige nationale Stelle „insbesondere [sicherstellen muss], dass die sich verschmelzenden Gesellschaften einem gemeinsamen gleich lautenden Verschmelzungsplan zugestimmt haben“.

Des Weiteren beinhaltet die Richtlinie Regelungen über die Rechte und Pflichten der beteiligten Gesellschaftsorgane (Art. 7 und 9), Überprüfungsrechte und -pflichten staatlicher Organe und anderer Stellen (z.B. Art. 8, 11, 13) sowie Vorgaben hinsichtlich der Eintragung und der vorab zu erfolgenden Rechtmäßigkeitsprüfung (Art. 10 und 11).

Der arbeitsrechtliche Teil bezieht sich hier lediglich auf den Bereich der Mitbestimmung auf Unternehmensebene und ist in Art. 16 geregelt.

#### 4. Einzelstaatliche Umsetzung

Die einzelstaatliche Umsetzung der Richtlinie 2005/56/EG erfolgte in Deutschland im Gegensatz zu der SE und der SCE in zwei getrennten Gesetzen. So wurden die arbeitsrechtlichen Vorschriften mit dem „Gesetz zur Umsetzung der Regelung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten“ vom 21. Dezember 2006<sup>475</sup> umgesetzt. Die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften wurden durch das „Zweite[s] Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes“ vom 19. April 2007<sup>476</sup> umgesetzt.

Den Kern des Umsetzungsgesetzes vom 21. Dezember 2006 bildet dessen Artikel 1, der das „Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung“ (MgVG) beinhaltet. Mit diesem Gesetz erfolgte die Umsetzung von Artikel 16 der Richtlinie 2005/56/EG in deutsches Recht. Strukturell und inhaltlich ist das MgVG stark an das SEBG sowie das SCEBG angelehnt.<sup>477</sup> Zahlreiche Vorschriften wurden wörtlich oder

---

<sup>475</sup> BGBl. I 2006, S. 3332; in Kraft getreten am 29.12.2006; zu einer ausführlichen Darstellung des Gesetzgebungsverfahrens siehe: *Kleinsorge*, in: NFK, Einf. MgVG Rn. 24 ff.

<sup>476</sup> BGBl. I 2007, S. 542; in Kraft getreten am 25.4.2007.

<sup>477</sup> *Kleinsorge*, in: NFK, Einf. MgVG Rn. 32.



zumindest inhaltsgleich in das MgVG übernommen.<sup>478</sup> Auf die wesentlichen Änderungen wird sogleich im Rahmen des bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen unter deutscher Beteiligung zur Anwendung gelangenden Mitbestimmungsmodells einzugehen sein.

Zur Umsetzung der gesellschaftsrechtlichen Anforderungen der Richtlinie 2005/56/EG wurde mit dem eingangs bereits erwähnten Umsetzungsgesetz vom 19. April 2007 ein Zehnter Abschnitt mit dem Titel „Grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften“ in das Umwandlungsgesetz eingefügt. Dieser Abschnitt umfasst die §§ 122a bis 122l UmwG.<sup>479</sup>

## 5. Entwicklungsgeschichtliche Probleme

Die entwicklungsgeschichtliche Problematik der grenzüberschreitenden Verschmelzungsrichtlinie ist vorwiegend auf die höchst umstrittene Frage der Mitbestimmung zurückzuführen. So findet man einhellig die Auffassung,<sup>480</sup> dass gerade die Regelung der Mitbestimmungsfrage für die langjährige Stagnation der Richtlinie verantwortlich war. Erst nach Erzielung des Mitbestimmungskompromisses im Rahmen der SE konnte auch für die grenzüberschreitende Verschmelzungsrichtlinie auf dieser Basis ein Kompromiss erzielt werden.

## 6. Arbeitnehmermitbestimmungsmodell

Im Gegensatz zu der SE und der SCE beinhaltet das Arbeitnehmermitbestimmungsmodell bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung nur eine Mitbestimmung auf Unternehmensebene. Eine eigene betriebliche Mitbestimmung ist hingegen ebenso wie die ausdrückliche Berücksichtigung von Information und Konsultation der Arbeitnehmer nicht vorgesehen.<sup>481</sup> Insoweit bieten die auf europäischer Ebene in Form der Richtlinie 2002/14/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer sowie der Richtlinie 94/45/EG über die Einrichtung eines Europäischen Betriebsrats einheitlich gesetzte Standards für die Arbeitnehmer ausreichenden Schutz.<sup>482</sup>

Grundsätzlich findet bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen die Regelung über die Arbeitnehmermitbestimmung des Mitgliedstaates Anwendung, in dem die aus der Ver-

---

<sup>478</sup> *Kleinsorge*, in: NFK, Einf. MgVG Rn. 32; *Lunk/Hinrichs*, NZA 2007, 773, 774.

<sup>479</sup> Siehe zur Umsetzung und praktischen Anwendbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Regelungen: *Brocker*, BB 2010, 971.

<sup>480</sup> *Neye*, ZIP 2005, 1893; *Kisker*, RdA 2006, 206, 209; *Heuschmid*, AuR 2006, 184, 185; *Teichmann*, Der Konzern 2007, 89; *Kleinsorge*, in: NFK, Einf. MgVG Rn. 2; *Habersack/Verse*, § 8 Rn. 52.

<sup>481</sup> Siehe auch *Teichmann*, Der Konzern 2007, 89, 91.

<sup>482</sup> Vgl. *Kleinsorge*, in: WWKK, EU-Recht Rn. 87.

schmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz hat. Es gilt das sog. „Sitzstaatsprinzip“ (Art. 16 Abs. 1 der RL 2005/56/EG; § 4 MgVG). Unter „Sitz“ ist vorliegend der Satzungs- und nicht der Hauptverwaltungssitz zu verstehen.<sup>483</sup>

Allerdings gelten, unter Beachtung des bereits aus den Vorgängermodellen bekannten Vorher-Nachher-Vergleichs, Ausnahmen. Die Arbeitnehmer sollen nach der Verschmelzung nicht schlechter gestellt sein als vor der Verschmelzung.<sup>484</sup> Daher ordnet Art. 16 Abs. 2 der RL 2005/56/EG drei Ausnahmekonstellationen an, die in Deutschland in § 5 Nr. 1 bis 3 MgVG umgesetzt wurden. In den Ausnahmekonstellationen greift statt der Mitbestimmungsregelung des Sitzstaates die aus der SE bekannte Verhandlungslösung (Art. 16 Abs. 3 und 4 der RL 2005/56/EG; §§ 6 ff. MgVG) oder alternativ die Auffangregelung (Art. 16 Abs. 3 lit. e der RL 2005/56/EG; §§ 23 ff. MgVG) ein.

Als Ausnahmen werden in Art. 16 Abs. 2 der RL 2005/56/EG bzw. § 5 MgVG die folgenden Konstellationen angeführt: (1) Mindestens eine der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften beschäftigt vor der Veröffentlichung des Verschmelzungsplans durchschnittlich mehr als 500 Arbeitnehmer, und in dieser Gesellschaft besteht ein System der Arbeitnehmermitbestimmung im Sinne des Artikels 2 lit. k der RL 2001/86/EG bzw. des § 2 Abs. 7 MgVG.<sup>485</sup> (2) Das für die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft maßgebende Recht sieht nicht mindestens den gleichen Umfang an Mitbestimmung der Arbeitnehmer vor wie er in den jeweiligen an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften bestand; der Umfang der Mitbestimmung der Arbeitnehmer bemisst sich nach dem Anteil der Arbeitnehmervertreter (a) im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan, (b) in Ausschüssen, in denen die Mitbestimmung der Arbeitnehmer erfolgt oder (c) im Leitungsgremium, das für die Ergebniseinheiten der Gesellschaften zuständig ist<sup>486</sup>. (3) Das für die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft maßgebende innerstaatliche Recht für Arbeitnehmer in Betrieben dieser Gesellschaft, die sich in anderen Mitgliedstaaten befinden, sieht nicht den gleichen Anspruch auf Ausübung von Mitbestimmung vor, wie sie den Arbeitnehmern in demjenigen Mitgliedstaat gewährt werden, in dem die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz hat.

Fraglich und umstritten ist jedoch das Verhältnis der drei Ausnahmekonstellationen zueinander. Während nach wohl hM (nachfolgend: „Alternativlösung“) alle drei Konstellationen alter-

---

<sup>483</sup> Siehe *Schubert*, RdA 2007, 9.

<sup>484</sup> Vgl. hierzu Erwägungsgrund 13 der RL 2005/56/EG.

<sup>485</sup> Art. 16 Abs. 2 der RL 2005/56/EG; § 5 Nr. 1 MgVG.

<sup>486</sup> Die beiden letzten Alternativen von Konstellation (2) sind neu ggü. den Vorgängermodellen und berücksichtigen die Rechtslage in Finnland und in Slowenien auf deren Wunsch sie aufgenommen wurden. Siehe hierzu *Kleinsorge*, in: WWKK, EU-Recht Rn. 95.

nativ nebeneinander stehen, so dass die SE-Verhandlungslösung bzw. die Auffangregelung bereits ausgelöst werden, wenn nur eine Konstellation erfüllt ist, erachtet eine argumentativ durchaus gewichtige Gegenmeinung (nachfolgend: „Kumulativlösung“) es für zwingend notwendig, dass in jedem Fall der Schwellenwert von 500 Arbeitnehmern aus Konstellation 1 kumulativ überschritten sein muss.

#### **a) Alternativlösung**

Die hM<sup>487</sup> stellt vorwiegend auf den Wortlaut der Regelung ab. Nach dem Wortlaut der Regelung sind der Schwellenwert von 500 Arbeitnehmern sowie der Umstand, dass ein System der Arbeitnehmermitbestimmung existiert in Konstellation 1 durch ein „und“ verbunden. Die drei Konstellationen untereinander sind hingegen jeweils durch ein „oder“ voneinander getrennt, so dass die Verhandlungslösung allein nach dem Wortlaut bereits ausgelöst wird, wenn eine der Konstellationen vorliegt. Dem Einwand, es handele sich bei dieser Formulierung um eine sprachliche Ungenauigkeit bzw. um ein Redaktionsversehen, treten die Vertreter der hM mit dem Argument des Gesetzgebungsverfahrens<sup>488</sup> entgegen. Darin sei ausdrücklich die Frage der Wortwahl, ob man das „oder“ durch ein „und“ ersetzen solle, diskutiert worden. Der Wortlaut sei daher ganz bewusst gewählt. Hintergrund der Wortwahl seien die Einwände derjenigen Mitgliedstaaten gewesen, in denen ein System der Mitbestimmung bereits unterhalb des Schwellenwertes von 500 Arbeitnehmern eingreife. *Heuschmid* charakterisiert die gefundene Lösung als „Brüsseler Kompromiss“ und bezeichnet die 500-Arbeitnehmer-Schwelle plakativ als „Relikt eines untauglichen Versuchs“.<sup>489</sup>

#### **b) Kumulativlösung**

Die vor allem von *Schubert* vertretene Gegenansicht<sup>490</sup> stützt sich hingegen auf eine teleologische Auslegung und führt aus, dass es dem Sinn und Zweck der Richtlinie widerspräche, bereits unterhalb des Schwellenwertes von 500 Arbeitnehmern die zeit- und kostenintensiven Verhandlungen auszulösen. Die Richtlinie bezwecke gerade eine Liberalisierung grenz-

---

<sup>487</sup> *Heuschmid*, AuR 2006, 184, 187; *Kisker*, RdA 2006, 206, 211 f.; *Nagel*, NZG 2006, 97, 98; *Krause/Janko*, BB 2007, 2194, 2196; *Hohenstatt/Dzida*, in: HWK, MgVG Rn. 8; *J. Schubert*, in: HK-ArbR, AEUV Rn. 163; *Müller-Bonanni/Müntefering*, NJW 2009, 2347, 2349; *Nikoleyczik/Führ*, DStR 2010, 1743, 1744.

<sup>488</sup> Hierzu ausführlich *Kluge/Heuschmid*, Transfer 2005, 295 ff.

<sup>489</sup> *Heuschmid*, AuR 2006, 184, 187.

<sup>490</sup> *Schubert*, RdA 2007, 9, 11 f.; *Kleinhenz* (2008), S. 325; wohl auch *Lunk/Hinrichs*, NZA 2007, 773, 774.

überschreitender Verschmelzungen und die Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen. Gestützt wird der teleologische Ansatz durch den Bericht des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments vom 25. April 2005. Zum Standpunkt des Rates wird darin, bezogen auf die am 25. November 2004 erzielte Einigung über den Richtlinienvorschlag, ausgeführt, dass eine Verhandlungslösung greifen soll, wenn ein Fall des Art. 16 Abs. 2 lit. a oder lit. b der RL 2005/56/EG vorliegt, in diesen Fällen der Schwellenwert von 500 Arbeitnehmern überschritten wird und ein System der Mitbestimmung besteht.<sup>491</sup> Zudem führt der Berichterstatter *Klaus-Heiner Lehne* darin aus, dass ihm die Aufnahme eines Schwellenwertes von 500 Arbeitnehmern ein besonderes Anliegen gewesen sei, um die Anwendung der Auffanglösung auf kleine und mittlere Unternehmen auszuschließen.<sup>492</sup> Darüber hinaus beantragt die Gegenansicht die optische Gliederung von Art. 16 Abs. 2 der RL 2005/56/EG, der die Konstellationen durch einen eigenen Absatz und unter Hinzufügung der Buchstaben a und b von Konstellation 1 optisch trennt sowie den Widerspruch der Regelung zu Erwägungsgrund 13 der Richtlinie als Argumente für sich.

### c) Stellungnahme

Die Argumente der Gegenansicht sind zwar durchaus gewichtig und gut nachvollziehbar, jedoch lässt der Wortlaut der Regelung diese Auslegung nicht zu, vor allem vor dem Hintergrund, dass im Gesetzgebungsverfahren eine Diskussion über die Verwendung von „und“ oder „oder“ stattgefunden hat. Der Umstand, dass durch die Implementierung einer „wirksamen“ Eintrittsschwelle von 500 Arbeitnehmern ursprünglich eine Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen beabsichtigt war, ist nicht von der Hand zu weisen, konnte sich jedoch mangels Kompromissfähigkeit nicht durchsetzen<sup>493</sup>. Die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers kann und darf daher nicht umgangen werden. Folglich sind mit der hM die drei Konstellationen alternativ anzuwenden, auch wenn dies bedeutet, dass man letztlich in fast allen Sachverhalten zur Auslösung der Verhandlungslösung gelangen wird. Immerhin besteht für das BVG die Möglichkeit, unmittelbar auf die Auffangregelung zurückzugreifen.

Liegt eine der soeben dargestellten Ausnahmekonstellationen vor, greift anstelle des Sitzstaatsprinzips die aus der SE bekannte Verhandlungslösung, auf deren Regelungen die Richtlinie verweist<sup>494</sup> bzw. deren Regelungen in das MgVG übernommen wurden<sup>495</sup>. Altern-

---

<sup>491</sup> Bericht des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments v. 25.4.2005, S. 37.

<sup>492</sup> Bericht des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments v. 25.4.2005, S. 38.

<sup>493</sup> Siehe zu der mangelnden Kompromissfähigkeit *Heuschmid*, AuR 2006, 184, 187; *Kluge/Heuschmid*, Transfer 2005, 295, 296 f.

<sup>494</sup> Vgl. Art. 16 Abs. 3 der RL 2005/56/EG.

<sup>495</sup> Vgl. §§ 6 ff. MgVG; siehe hierzu auch *Schubert*, RdA 2007, 9, 13.

tiv greift, sofern die Verhandlungen gescheitert sind, das BVG keinen Beschluss über die Nichtaufnahme bzw. den Abbruch der Verhandlungen gefasst hat<sup>496</sup> oder das BVG deren direktes Eingreifen beschließt, die Auffangregelung<sup>497</sup>. Hierbei handelt es sich um eine nationale Regelung, in der die Vorgaben aus der Richtlinie umgesetzt wurden. Die Auffangregelung greift jedoch – außer das BVG beschließt dies ausdrücklich<sup>498</sup> – nicht ein, sofern nicht vor der Eintragung der hervorgegangenen Gesellschaft für mindestens ein Drittel der Arbeitnehmer ein Mitbestimmungssystem galt<sup>499</sup>. Dieser Mechanismus ist bereits aus der SE bekannt. Allerdings betrug der Schwellenwert dort ein Viertel.<sup>500</sup> Der Schwellenwert wurde als Kompromiss aufgrund der Mitgliedstaaten, denen ein Mitbestimmungssystem fremd ist, auf ein Drittel angehoben.<sup>501</sup> Wird dieser Schwellenwert nicht erreicht und beschließt das BVG nicht ausdrücklich die Geltung der Auffangregelung, greift wiederum das Sitzstaatsprinzip.<sup>502</sup>

Das BVG hat im Gegensatz zu den Vorgängermodellen zudem die Möglichkeit, unmittelbar die Geltung der Auffangregelung, das heißt ohne vorhergehende Verhandlungen, zu beschließen.<sup>503</sup> Die in §§ 23 ff. MgVG enthaltene Auffangregelung hat zur Folge, dass sich der Anteil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nach dem höchsten Anteil in den an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften bemisst.<sup>504</sup>

Die rein formellen Anforderungen haben gegenüber den Vorgängermodellen keine Änderungen erfahren. Ein Unterschied besteht lediglich bezüglich der Funktionsträger, da es bei der grenzüberschreitenden Verschmelzungsrichtlinie keinen eigenen Betriebsrat vergleichbar dem SE-Betriebsrat bzw. dem SCE-Betriebsrat gibt. Die Funktionen, welche insoweit auch bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung ausgeübt werden müssen, übernimmt das BVG.<sup>505</sup>

Ein weiteres Novum gegenüber den Vorgängermodellen ist die Möglichkeit der Beschränkung der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat auf ein Drittel im monistischen System. Von dieser Möglichkeit können die Mitgliedstaaten gem. Art. 16 Abs. 4 lit. c der RL

---

<sup>496</sup> Sofern das BVG einen solchen Beschluss nach § 18 MgVG gefasst hat, greift wiederum das Sitzstaatsprinzip, § 18 Satz 3 MgVG.

<sup>497</sup> Vgl. Art. 16 Abs. 3 der RL 2005/56/EG; § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 MgVG.

<sup>498</sup> Vgl. § 23 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 MgVG.

<sup>499</sup> Vgl. § 23 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 MgVG.

<sup>500</sup> Vgl. hierzu Art. 16 Abs. 3 lit. e Satz 2 der RL 2005/56/EG.

<sup>501</sup> Siehe hierzu *Kleinsorge*, in: WWKK, EU-Recht Rn. 96.

<sup>502</sup> *Schubert*, RdA 2007, 9, 14; *Drinhausen/Keinath*, RIW 2006, 81, 86.

<sup>503</sup> Art. 16 Abs. 4 lit. a der RL 2005/56/EG; *Kleinsorge*, in: NFK, Einf MgVG Rn. 19.

<sup>504</sup> Vgl. § 24 Abs. 1 Satz 2 MgVG; hierzu auch *Müller-Bonanni/Müntefering*, NJW 2009, 2347, 2351.

<sup>505</sup> Vgl. *Schubert*, RdA 2007, 9, 14.

2005/56/EG Gebrauch machen. Deutschland hat von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht.<sup>506</sup>

Ferner wird ein in der hervorgehenden Gesellschaft bestehendes Mitbestimmungssystem für den Zeitraum von drei Jahren vor Verschlechterungen durch innerstaatliche Verschmelzungen gesichert.<sup>507</sup>

Zur Sicherstellung, dass die Regelungen über die Arbeitnehmermitbestimmung der Richtlinie bzw. der nationalen Umsetzungsgesetze eingehalten werden, existiert, wie bereits von den Vorgängermodellen bekannt, eine Vorschrift, die eine Überprüfung vor Eintragung der hervorgehenden Gesellschaft durch das Registergericht des Sitzstaates anordnet. In Deutschland wurde diese Regelung in § 122 I UmwG umgesetzt.<sup>508</sup>

Bekam das durch die SE etablierte europäische Mitbestimmungsmodell mit Einführung der SCE bereits kleinere Risse, so steht es nach Einführung der 10. RL kurz vorm Zerbersten. Die wesentliche Neuerung in dem Modell der 10. RL ist die Regelanknüpfung an das nationale Mitbestimmungsrecht des Sitzstaates der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft. An dieser Stelle wird somit das bis dahin bestehende Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt. So findet nicht mehr wie im Fall der SCE in Ausnahmefällen ein Rückgriff auf die nationalen Regelungen statt, sondern die Regel knüpft an nationales Recht an und greift nur in Ausnahmefällen auf die europäische Verhandlungslösung mit Auffangregelung zurück. Dies mag ähnlich wie bei der SCE, die vorwiegend einzelne Sparten bedient, eine pragmatische und vor allem politisch kompromissfähige Lösung sein, da aus der durch die 10. RL ermöglichten grenzüberschreitenden Verschmelzung letztlich eine nationale Gesellschaft hervorgeht.

Betrachtet man das Mitbestimmungsmodell der 10. RL als Entwicklungsschritt des durch die SE etablierten europäischen Mitbestimmungsmodells, wäre dies eine gravierende konzeptionelle Verschlechterung durch die Regelanknüpfung an nationales Recht. Man sollte das Modell der 10. RL daher nicht als „Weiterentwicklung“ des SE-Modells, sondern als einen Sonderfall, der nach einer teilharmonisierten nationalen Lösung sucht verstehen.<sup>509</sup> Schließlich geht aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung letztlich eine nationale Gesellschaft hervor.

---

<sup>506</sup> Teichmann, Der Konzern 2007, 89, 93.

<sup>507</sup> Vgl. Art 16. Abs. 7 der RL 2005/56/EG.

<sup>508</sup> Siehe hierzu Schubert, RdA 2007, 9, 15.

<sup>509</sup> So wohl auch Heuschmid, in: Vitols/Heuschmid (2012), S. 115, 122.

Die folgenden drei Änderungen, die das Modell der 10. RL gegenüber den Vorgängermodellen in SE und SCE erfahren hat, werden daher je nach Sichtweise als Flexibilisierung<sup>510</sup> oder Verschlechterung<sup>511</sup> der Mitbestimmung angesehen. Im Detail handelt es sich hierbei (1) um die Anhebung des Schwellenwertes zur Auslösung der Auffangregelung von ein Viertel auf ein Drittel (der Arbeitnehmer für die vor Eintragung der aus der Verschmelzung hervorgehenden Gesellschaft ein Mitbestimmungssystem galt), (2) um die Möglichkeit der unmittelbaren Geltungsvereinbarung der Auffangregelung und (3) um die Möglichkeit der Beschränkung der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat einer monistisch strukturierten Gesellschaft auf ein Drittel im Rahmen der Auffangregelung. Feststellen lässt sich anhand der drei Änderungen im Rahmen der Auffangregelung zumindest, dass für die mitbestimmungsaffinen Staaten die Notwendigkeit zur Kompromissbereitschaft gestiegen ist, um die mitbestimmungsaversen Staaten von der Notwendigkeit einer Sicherung der Mitbestimmung zu überzeugen.

## 7. Überblick: Das „10. RL - Modell“

Grundsätzlich	Sitzstaatsprinzip
<b>Ausnahmen</b>	<p>(1) Mindestens eine der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften beschäftigt vor der Veröffentlichung des Verschmelzungsplans durchschnittlich mehr als 500 Arbeitnehmer und in dieser Gesellschaft besteht ein System der Arbeitnehmermitbestimmung im Sinne des Artikels 2 lit. k der RL 2001/86/EG bzw. des § 2 Abs. 7 MgVG.</p> <p>(2) Das für die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft maßgebende Recht sieht nicht mindestens den gleichen Umfang an Mitbestimmung der Arbeitnehmer vor, wie er in den jeweiligen an der Verschmelzung be-</p>

<sup>510</sup> So bspw. *Henssler*, Der Gesellschafter 2011, 6;

<sup>511</sup> So bspw. *Sick/Thannisch*, AuR 2011, 155 f.

	<p>teiligten Gesellschaften bestand; der Umfang der Arbeitnehmer bemisst sich nach dem Anteil der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungs- und Aufsichtsorgan, in Ausschüssen, in denen die Mitbestimmung der Arbeitnehmer erfolgt oder im Leitungsgremium, das für die Ergebniseinheiten der Gesellschaften zuständig ist.</p> <p>(3) Das für die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft maßgebende innerstaatliche Recht für Arbeitnehmer in Betrieben dieser Gesellschaft, die sich in anderen Mitgliedstaaten befinden, sieht nicht den gleichen Anspruch auf Mitbestimmung vor, wie sie den Arbeitnehmern in demjenigen Mitgliedstaat gewährt werden, in dem die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ihren Sitz hat.</p> <p>dann:</p> <p>(4) findet das aus der SE bekannte Verhandlungsmodell und die subsidiäre Auffangregelung Anwendung</p>
<p><b>Neu ggü. dem SE-Modell:</b></p>	<p>(5) Geltung der Auffangregelung kann unmittelbar vereinbart werden</p> <p>(6) Die Auffangregelung greift erst ab Erreichen eines Schwellenwertes</p>



	<p>von 1/3 (SE-Modell: 1/4); wird dieser nicht erreicht und beschließt das BVG nicht ausdrücklich die Geltung der Auffangregelung, greift erneut das Sitzstaatsprinzip</p> <p>(7) Die Mitgliedstaaten können die Möglichkeit der Beschränkung der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat (monistisches System) auf 1/3 eröffnen</p> <p>(8) Mitbestimmungssystem der hervorgehenden Gesellschaft wird für drei Jahre vor Verschlechterungen durch innerstaatliche Verschmelzungen geschützt</p>
--	---

## B. Bislang nicht realisierte Vorhaben

### I. Fünfte gesellschaftsrechtliche Richtlinie (sog. Strukturrichtlinie; kurz: „5. RL“)

Die Pläne für eine sog. Strukturrichtlinie reichen bis Anfang der 1970er Jahre zurück und waren zu Beginn eng mit den Diskussionen über die SE verbunden.<sup>512</sup> Mit der mittlerweile – zumindest vorerst – gestoppten Strukturrichtlinie<sup>513</sup> wurde das Ziel einer europaweiten Harmonisierung der Struktur von Aktiengesellschaften verfolgt<sup>514</sup>. Die beiden Hauptanliegen waren: einheitliche Regelungen über die Organisationsstruktur (monistisch oder dualistisch) sowie einheitliche Regelungen über die Beteiligung von Arbeitnehmern auf Unternehmensebene zu schaffen.<sup>515</sup>

Bislang existieren drei Kommissionsvorschläge, die eingehend diskutiert und beraten wurden, jedoch über das Entwurfsstadium nicht hinausgekommen sind.

---

<sup>512</sup> Kolvenbach, DB 1983, 2235.

<sup>513</sup> Mitteilung der Kommission v. 21.12.2001, KOM (2001) endgültig/2, S. 22.

<sup>514</sup> Vgl. Figge (1992), S. 103 f.

<sup>515</sup> Siehe hierzu Striebeck (1992), S. 18.

## 1. Erster Vorschlag einer Strukturrichtlinie

Der erste Vorschlag<sup>516</sup> stammt aus dem Jahr 1972 und sah zwingend die Einführung der dualistischen Organisationsstruktur vor. Eine Regelung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer war ab Überschreiten eines Schwellenwertes von 500 Arbeitnehmern vorgesehen, wobei eine Wahlmöglichkeit zwischen zwei Mitbestimmungsmodellen bestand. Das erste Modell war stark an das deutsche Modell angelehnt und sah eine Beteiligung in dem Aufsichtsorgan von mindestens einem Drittel vor. Das zweite Modell war stark an das niederländische Modell angelehnt und sah ein sog. Kooptationsmodell vor. Bei diesem Modell bestellt das Aufsichtsorgan selbst seine Mitglieder. Allerdings steht den Arbeitnehmervertretern insoweit ein Vetorecht zu, so dass diese indirekt Einfluss auf die Zusammensetzung des Aufsichtsorgans ausüben können.

## 2. Exkurs: Grünbuch „Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Struktur der Gesellschaften“ (1975)

Nachdem sich im Rahmen der anschließenden Beratungen und Diskussionen<sup>517</sup> herausstellte, dass der Vorschlag nicht die erforderliche Zustimmung finden würde,<sup>518</sup> brachte die Kommission im Jahr 1975 ein Grünbuch zur „Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Struktur der Gesellschaften“ in der Europäischen Gemeinschaft heraus.<sup>519</sup>

Darin setzt sich die Kommission mit der Notwendigkeit einer Gemeinschaftsregelung über die Beteiligung der Arbeitnehmer an Unternehmensentscheidungen auseinander.<sup>520</sup> In diesem Zusammenhang werden sowohl Aspekte zugunsten der Arbeitnehmer im Hinblick auf die wirtschaftlichen und sozialen Arbeitsbedingungen, die nach Ansicht der Kommission grenzüberschreitend zumindest im Mindestmaß übereinstimmen sollten,<sup>521</sup> angeführt als auch Aspekte zugunsten der Unternehmer.<sup>522</sup> Diesen soll durch angegliche Regelungen eine grenzüberschreitende Tätigkeit erleichtert werden. Darüber hinaus führt die Kommission positive Aspekte einer Beteiligung der Arbeitnehmer in Krisenzeiten aus.<sup>523</sup> Konkret geht die

---

<sup>516</sup> ABl. EG Nr. C 131, S. 49 ff. v. 13.12.1972.

<sup>517</sup> Ausführlich zur Entwicklungsgeschichte der Strukturrichtlinie *Figge* (1992), S. 103 ff.

<sup>518</sup> Siehe hierzu Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Struktur der Gesellschaften, 1978, Einleitung S. I.

<sup>519</sup> Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 8/75.

<sup>520</sup> Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 8/75, S. 7 ff.

<sup>521</sup> Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 8/75, S. 7, 12, 44.

<sup>522</sup> Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 8/75, S. 17; Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, 1978, S. 8.

<sup>523</sup> Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 8/75, S. 9 f.

Kommission in diesem Zusammenhang auf den starken Anstieg der Energiepreise ein.<sup>524</sup> Da sich die Kommission der traditionell gewachsenen Unterschiede und der Brisanz des Themas Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene bewusst ist, werden im ersten Teil die in den derzeitigen Mitgliedstaaten bestehenden Modelle skizziert unter den vier Überschriften „Aushandlung von Tarifverträgen“, „Organe zur Vertretung der Arbeitnehmer“, „Beteiligung an Gesellschaftsorganen“ und „Arbeitnehmeraktien“ dargestellt.<sup>525</sup> Im zweiten Teil erfolgen die Berichte aus den einzelnen Ländern.<sup>526</sup>

Darüber hinaus befasst sich das Grünbuch mit der Frage nach der Struktur der Gesellschaften, die mit der Mitbestimmung der Arbeitnehmer zwingend verbundenen ist, wobei eine dualistische Organisationsstruktur befürwortet wird.<sup>527</sup> Zusammenfassend spricht sich die Kommission für die Harmonisierung der Regelungen der Beteiligung der Arbeitnehmer aus.<sup>528</sup> Diese sollten jedoch flexibel ausgestaltet sein und den einzelnen Mitgliedstaaten Wahlmöglichkeiten belassen.<sup>529</sup> Die Harmonisierung der Regelungen mittels der fünften gesellschaftsrechtlichen Richtlinie sieht die Kommission losgelöst von der Entwicklung bzw. Einführung der SE. Während mit der SE den Mitgliedstaaten bzw. den Unternehmern eine weitere Möglichkeit eröffnet würde, führe die Strukturrichtlinie zu tiefgreifenden Veränderungen der jeweiligen nationalen Regelungen.<sup>530</sup> Mit dieser Unterscheidung begründet die Kommission insbesondere die flexible Ausgestaltung der Harmonisierungsregelungen sowie die Geltung gewisser Übergangsregelungen.<sup>531</sup> Da die Strukturrichtlinie nur für Aktiengesellschaften bzw. diesen entsprechende Gesellschaftsformen in anderen Mitgliedstaaten gelten würden, sollte laut Kommission überlegt werden, ob eine Beteiligung der Arbeitnehmer nicht auch für andere Gesellschaftsformen angeglichen werden soll.

### 3. Weitere Vorschläge einer Strukturrichtlinie

Einen zweiten sichtlich überarbeiteten Entwurf legte die Kommission im Jahr 1983 vor.<sup>532</sup> Dieser war flexibler ausgestaltet als der erste Vorschlag und enthielt als grundlegende Änderung eine Wahlmöglichkeit hinsichtlich der Organisationsstruktur. Zwar war die Einführung des dualistischen Systems für die Mitgliedstaaten noch immer vorgesehen, jedoch konnten

---

<sup>524</sup> Anmerkung: Das Grünbuch wurde in 1975, d.h. kurz nach der ersten Ölkrise im Jahr 1973 herausgegeben.

<sup>525</sup> Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 8/75, S. 22 ff.

<sup>526</sup> Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 8/75, S. 53 ff.

<sup>527</sup> Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 8/75, S. 21, 32, 49 f.; Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, 1978, S. 7.

<sup>528</sup> Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 8/75, S. 8 f.; Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses, 1978, S. 9.

<sup>529</sup> Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 8/75, S. 43 ff.

<sup>530</sup> Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 8/75, S. 11.

<sup>531</sup> Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 8/75, S. 46 ff.

<sup>532</sup> ABl. EG Nr. C 240, S. 2 ff. v. 9.9.1983; siehe hierzu auch *Kolvenbach*, DB 1983, 2235, 2238.

die Mitgliedstaaten das monistische System als Wahlmöglichkeit für die Gesellschaften zu lassen.<sup>533</sup> Hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer sah der zweite Kommissionsvorschlag basierend auf den vorangegangenen Stellungnahmen des Parlaments, diese wiederum basierend auf den Erkenntnissen des Grünbuchs, vier verschiedene Modelle vor. Vorgesehen waren die bereits aus dem ersten Vorschlag bekannten Modelle, eine Vertretung in Gesellschaftsorganen, das Kooptationsmodell, die Bildung einer gesonderten Arbeitnehmervertretung sowie die Möglichkeit, die Beteiligung der Arbeitnehmer über einen Tarifvertrag zu regeln, wobei sich die Beteiligung dann an einem der drei zuvor beschriebenen Modelle orientieren muss. Als Schwellenwert, ab dem eine Beteiligung der Arbeitnehmer stattfinden muss, wurde in dem Entwurf ein Höchstwert von 1.000 Arbeitnehmern festgelegt.<sup>534</sup> Allerdings war auch der zweite Vorschlag der Kommission Gegenstand kontroverser Diskussionen<sup>535</sup> und konnte sich schließlich nicht durchsetzen.

Die Kommission legte in den Jahren 1990<sup>536</sup> und 1991<sup>537</sup> zwei weitere Vorschläge vor. Diese führten jedoch ebenfalls nicht zu einer Einigung, so dass die Bestrebungen hinsichtlich der Einführung einer Strukturrichtlinie zumindest derzeit als gescheitert angesehen werden.<sup>538</sup> Die fünfte gesellschaftsrechtliche Richtlinie scheiterte immer wieder an den unterschiedlichen Ansichten der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Unternehmensmitbestimmung.<sup>539</sup> Die Arbeiten an der Strukturrichtlinie wurden sodann eingestellt und das Vorhaben in 2001 zumindest vorerst gestoppt.<sup>540</sup>

## **II. Vierzehnte gesellschaftsrechtliche Richtlinie (sog. Sitzverlegungsrichtlinie; kurz: „14. RL“)**

Die Pläne einer sog. Sitzverlegungsrichtlinie reichen bis in die 1990er Jahre zurück. Gegenstand dieses bislang nicht realisierten Harmonisierungsvorhabens ist die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Verlegung des Verwaltungs- und/oder Satzungssitzes mit oder ohne Statutenwechsel<sup>541</sup>.

---

<sup>533</sup> Art. 2 Abs. 1 zweiter Vorschlag der Kommission (siehe Fn. 532).

<sup>534</sup> Art. 4 Abs. 1 zweiter Vorschlag der Kommission (siehe Fn. 532).

<sup>535</sup> Vgl. hierzu *Kolvenbach*, DB 1986, 2023, 2024 f.

<sup>536</sup> KOM (90) 629 Final v. 13.12.1990.

<sup>537</sup> KOM (91) 372 endgültig v. 20.11.1991, ABl. EG v. 12.12.1991 Nr. C 321, S. 9.

<sup>538</sup> Siehe *Wiesner*, ZIP 2000, 1792, 1794.

<sup>539</sup> *Lutter/Bayer/Schmidt*, § 9 Rn. 1 und § 13 Rn. 1.

<sup>540</sup> Mitteilung der Kommission v. 21.12.2001, KOM (2001) endgültig/2, S. 22.

<sup>541</sup> Siehe zu dem Ziel der 14. RL auch *Leible*, ZGR 2004, 531, 537 und 546 ff.

Bislang existieren jedoch lediglich ein Vorentwurf der Kommission aus dem Jahr 1997<sup>542</sup> sowie verschiedene Empfehlungen des Europäischen Parlaments<sup>543</sup>, des Arbeitskreises Europäisches Unternehmensrecht<sup>544</sup> sowie der sog. Reflection Group on the Future of EU Company Law<sup>545</sup>.

Die nachfolgend kurz skizzierte Entwicklung der Richtlinie zeigt, dass die Frage nach der Erforderlichkeit einer Sitzverlegungsrichtlinie untrennbar mit der nach Art. 49, 54 AEUV Gesellschaften gewährten Niederlassungsfreiheit und der diesbezüglich ergangenen Rechtsprechung des EuGH<sup>546</sup> („*Daily Mail*“<sup>547</sup> 1988, „*Centros*“<sup>548</sup> 1999, „*Überseering*“<sup>549</sup> 2002, „*Inspire Art*“<sup>550</sup> 2003, „*Sevic*“<sup>551</sup> 2005, „*Cartesio*“<sup>552</sup> 2008 und kürzlich „*Vale*“<sup>553</sup> 2012) verbunden ist.

Nachdem die Entscheidung „*Daily Mail*“ im Jahr 1988 keine zufriedenstellende Lösung bezüglich der grenzüberschreitenden Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften brachte, wurden Anfang der 1990er Jahre die Arbeiten an einer entsprechenden Richtlinie aufgenommen.<sup>554</sup> In diesem Zusammenhang wurde im Jahr 1997 eine öffentliche Konsultation durchgeführt<sup>555</sup> und sodann im selben Jahr ein Vorentwurf der Kommission für eine Vierzehnte Richtlinie vorgelegt<sup>556</sup>. Die Entwicklungen stagnierten jedoch immer wieder mit der Begründung, man wolle zunächst die Rechtsprechung des EuGH bzw. die Entwicklungen der SE abwarten.<sup>557</sup> Letztere insbesondere in Bezug auf die Mitbestimmung der Arbeitnehmer.<sup>558</sup> Trotz der Aufnahme der Vierzehnten Richtlinie in den Aktionsplan zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union im Jahr

---

<sup>542</sup> Vorentwurf eines Richtlinienentwurfs zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU v. 20.4.1997, KOM XV/6002/97, abgedruckt in ZIP 1997, 1721 sowie in ZGR 1999, 157.

<sup>543</sup> Entschließung des Parlaments v. 10.3.2009, P6\_TA(2009)0086, abgedruckt in ABl. EU v. 1.4.2010 Nr. C 87 E/5; Entschließung des Parlaments v. 2.2.2012, P7\_TA(2012)0019.

<sup>544</sup> Thesen zum Erlass einer europäischen Sitzverlegungsrichtlinie, abgedruckt in: NZG 2011, 98.

<sup>545</sup> Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law v. 5.4.2011, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/reflectiongroup\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf).

<sup>546</sup> Siehe eine ausführliche Darstellung der „Entwicklung der EuGH Judikatur von *Daily Mail* bis *Cartesio*“ bei: Lutter/Bayer/Schmidt, § 6 Rn. 13 ff.

<sup>547</sup> „*Daily Mail*“ EuGH v. 27.9.1988, Rs. C-81/87, Slg. 1988, 5483.

<sup>548</sup> „*Centros*“ EuGH v. 9.3.1999, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459.

<sup>549</sup> „*Überseering*“ EuGH v. 5.11.2002, Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919.

<sup>550</sup> „*Inspire Art*“ EuGH v. 30.9.2003, Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155.

<sup>551</sup> „*Sevic*“ EuGH v. 13.12.2005, Rs. C-411/03, Slg. 2005, I-10805.

<sup>552</sup> „*Cartesio*“ EuGH v. 16.12.2008, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641.

<sup>553</sup> „*Vale*“ EuGH v. 12.7.2012, Rs. C-378/10, abgedruckt in EuZW 2012, 621.

<sup>554</sup> Vgl. Lutter/Bayer/Schmidt, § 32 Rn. 1.

<sup>555</sup> Siehe zu den öffentlichen Konsultationen [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/seat-transfer/2004-consult\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/2004-consult_de.htm).

<sup>556</sup> Vorentwurf eines Richtlinienentwurfs zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU v. 20.4.1997, KOM XV/6002/97, abgedruckt in ZIP 1997, 1721 sowie in ZGR 1999, 157.

<sup>557</sup> Siehe bspw. Lutter/Bayer/Schmidt, § 32 Rn. 18; Leible, ZGR 2004, 531, 538; Wiesner, ZIP 2000, 1792, 1796.

<sup>558</sup> Siehe Heinze, ZGR 1999, 54, 62.

2003<sup>559</sup> sowie die zweite öffentliche Konsultation im Jahr 2004<sup>560</sup> stoppte der damalige EU-Kommissar *McCreevy* die Vierzehnte Richtlinie im Jahr 2007<sup>561</sup>. Zur Begründung wurde angeführt, man wolle zunächst die Rechtsprechung des EuGH und die praktischen Erfahrungen mit der SE und der Zehnten Richtlinie abwarten.

Nachdem auch die Rechtssache „*Cartesio*“ im Jahr 2008 keine endgültige Lösung der Problematik brachte, forderte das Europäische Parlament die Kommission im Jahr 2009 zur Vorlage eines Entwurfs auf.<sup>562</sup> Des Weiteren legte der Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht im Januar 2011 Thesen zum Erlass einer europäischen Sitzverlegungsrichtlinie vor<sup>563</sup>. Eine weitere Initiative in Richtung pro Sitzverlegungsrichtlinie ergriff die sog. Reflection Group On the Future of EU Company Law in ihrem Abschlussbericht im April 2011<sup>564</sup>. Mittlerweile hat auch das Europäische Parlament im Februar 2012 eine weitere Aufforderung begleitet von Empfehlungen an die Kommission gerichtet<sup>565</sup>.

Nach dem aktuellen Stand der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit ist sowohl die Verlegung des Verwaltungssitzes<sup>566</sup> als auch, wie bereits durch *Cartesio*<sup>567</sup> obiter dictum in Aussicht gestellt<sup>568</sup> und nunmehr durch *Vale*<sup>569</sup> bestätigt, die Verlegung des Satzungssitzes unter grenzüberschreitendem Formwechsel möglich. Weiterhin nicht möglich ist hingegen die grenzüberschreitende Verlegung des Satzungssitzes ohne Formwechsel,<sup>570</sup> das heißt unter Beibehaltung der ursprünglichen nationalen Rechtsform. Für den Fall der grenzüberschreitenden Umwandlung hat der EuGH in seiner *Vale*-Entscheidung jedoch auch klargestellt, dass auf diesen Vorgang innerstaatliches (Umwandlungs-)Recht des Aufnah-

---

<sup>559</sup> Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, „Aktionsplan“ v. 21.5.2003, KOM (2003) 284 endgültig.

<sup>560</sup> Siehe zu den öffentlichen Konsultationen [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/seat-transfer/2004-consult\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/2004-consult_de.htm).

<sup>561</sup> Charlie McCREEVY, European Commissioner for Internal Market and Services, Company law and corporate governance today 5<sup>th</sup> European Corporate Governance and Company Law Conference Berlin, 28 June 2007, abrufbar unter <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/07/441&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>.

<sup>562</sup> Entschließung des Parlaments v. 10.3.2009, P6\_TA(2009)0086, abgedruckt in ABl. der EU v. 1.4.2010 C 87 E/5.

<sup>563</sup> Thesen zum Erlass einer europäischen Sitzverlegungsrichtlinie, abgedruckt in: NZG 2011, 98.

<sup>564</sup> Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law v. 5.4.2011, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/reflectiongroup\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf), S. 17 ff.

<sup>565</sup> Entschließung des Parlaments v. 2.2.2012, P7\_TA(2012)0019.

<sup>566</sup> Vgl. *Leible*, in: Michalski, GmbHG, Band 1, Systematische Darstellung 2 Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 44 u. 57; siehe grundsätzlich zur Notwendigkeit einer 14. RL: *Di Marco*, ZGR 1999, 3; *Priester*, ZGR 1999, 36; *Eidenmüller*, JZ 2004, 24, 33; *von Bismarck* (2005), S. 101 ff.

<sup>567</sup> „*Cartesio*“ EuGH v. 16.12.2008, Rs. C-210/06, Slg. 2008, I-9641.

<sup>568</sup> Siehe hierzu *Lutter/Bayer/Schmidt*, § 6 Rn. 43; *Wicke*, DStR 2012, 1756, 1757.

<sup>569</sup> „*Vale*“ EuGH v. 12.7.2012, Rs. C-378/10, abgedruckt in EuZW 2012, 621.

<sup>570</sup> Eine Proklamation für diese Möglichkeit und damit für eine 14. RL findet sich z.B. bei *Eidenmüller*, JZ 2004, 24.

memitgliedstaates anzuwenden sei.<sup>571</sup> Durch *Vale* wurde zwar die Mobilität von Unternehmen in Europa weiter gestärkt, jedoch besteht aus Gründen der Rechtssicherheit weiter der Bedarf an einer Harmonisierung der nationalen Regelungen des Aufnahme- und des Herkunftsstaates und damit verbunden die Forderung der Weiterarbeit an einer Sitzverlegungsrichtlinie.<sup>572</sup>

Hintergrund der Problematik um die Verlegung des Gesellschaftssitzes ist seit jeher die Drohung der Mitgliedstaaten, den Wegzug mit der Auflösung und anschließenden Liquidation der Gesellschaft zu sanktionieren.<sup>573</sup> Auch wenn das Drohpotenzial aufgrund der Entwicklungen der EuGH-Rechtsprechung zusehends schwindet, nachfolgend einige Ausführungen zum besseren Verständnis der Problematik:

Mit der Auflösung und anschließenden Liquidation, das heißt Abwicklung, der Gesellschaft wären erhebliche wirtschaftliche Nachteile verbunden, so dass die Liquidation nicht nur zur rechtlichen Beendigung der Gesellschaft, sondern darüber hinaus nicht selten zum wirtschaftlichen Exitus führen dürfte. Beispielsweise sind im Rahmen der Liquidation entstehende Gewinne, die meist aus der Aufdeckung stiller Reserven, sprich aus unversteuerten Wertsteigerungen im Unternehmen, resultieren werden,<sup>574</sup> zu versteuern. Des Weiteren würden wertvolle Verlustvorträge verlorengehen. Ferner bedürfte es, um Aktivitäten in einem anderen Mitgliedstaat zu entfalten, nunmehr einer Neugründung. Diese ist zum einen mit Gründungskosten verbunden und zum anderen bedürfte es aufwendiger Vertragsübernahmen von der zu liquidierenden auf die neu gegründete Gesellschaft. Die Ermöglichung einer rechtssicheren, das heißt nicht mit der Gefahr einer drohenden Auflösung verbundenen grenzüberschreitenden Sitzverlegung ist daher ein unverzichtbares Instrument zur effektiven Nutzung des europäischen Binnenmarktes. Da eine rechtssichere grenzüberschreitende Sitzverlegung jedoch eine gewisse Mindestharmonisierung des nationalen Umwandlungsrechts erfordert und darüber hinaus die Sicherung gewisser Mindeststandards im Hinblick auf die Mitbestimmung betroffener Arbeitnehmer gewährleisten sollte, ist das Vorhaben einer Sitzverlegungsrichtlinie weiter voranzutreiben.<sup>575</sup>

Hinsichtlich der Mitbestimmung der Arbeitnehmer sehen die aktuellen Empfehlungen des Parlaments<sup>576</sup> eine Orientierung am Sitz des Aufnahmemitgliedstaats sowie bei einer drohenden Minderung der Mitbestimmungsrechte eine Orientierung an den Regelungen der

---

<sup>571</sup> 2. Leitsatz der Entscheidung; siehe hierzu *Wicke*, DStR 2012, 1756, 1757.

<sup>572</sup> Siehe nur *Böttcher/Kraft*, NJW 2012, 2701, 2704.

<sup>573</sup> *Lutter/Bayer/Schmidt*, § 6 Rn. 41; *Bayer/J. Schmidt*, ZHR 173 (2009), 735, 742, die insoweit Generalanwalt *Maduro* zitieren, der dies als „Todesstrafe“ bezeichnet.

<sup>574</sup> *Teske/Keß*, in: *Lüdicke/Sistermann*, § 18 Rn. 1.

<sup>575</sup> Zur Notwendigkeit einer 14. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie siehe auch v. *Bismarck* (2005), S. 101 ff.

<sup>576</sup> Entschließung des Parlaments v. 2.2.2012, P7\_TA(2012)0019, insbesondere Empfehlung 7.

Zehnten Richtlinie mit Verhandlungs- und Auffanglösung vor. Dahingehend sprach sich auch der Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht in seinen im Januar 2011 vorgelegten Thesen aus<sup>577</sup>.

### **C. Stellungnahme zum Status quo der Mitbestimmung auf europäischer Ebene**

Die vorangegangene Bestandsanalyse der Mitbestimmung auf europäischer Ebene ergibt folgendes Bild:

Mit dem SE-Modell, bestehend aus vorrangiger Verhandlungslösung und subsidiärer Auffangregelung orientiert an dem sog. Vorher-Nachher-Prinzip, konnte erstmals ein europäischer Standard der Arbeitnehmermitbestimmung auf Unternehmensebene etabliert werden. Vorläufer war jedoch die Etablierung eines europäischen Standards auf Betriebsebene durch die Europäische Betriebsräte-Richtlinie, die bereits zuvor nach dem gleichen Muster ausgestaltet worden war.

Allerdings bekam die europäische Lösung der SE durch das SCE-Modell erste Risse. In diesem Modell durchbrach man aufgrund der hinzugetretenen Möglichkeit der Neugründung unter Beteiligung natürlicher Personen das SE-Modell, indem man für diese Fälle den Rückgriff auf nationales Mitbestimmungsrecht anordnete, sofern die SCE insgesamt weniger als 50 Arbeitnehmer oder nur in einem Mitgliedstaat 50 oder mehr Arbeitnehmer beschäftigt. Dieser Rückgriff ist zudem absolut, das heißt es gibt keine europäischen Auffangnetze, sofern gewisse Mindeststandards nicht eingehalten werden. Stattdessen erfolgt, wenn auch nur in einem geringen Anwendungsbereich, ein vollständiger Rückgriff auf nationales Mitbestimmungsrecht, das im Bereich der unternehmerischen Mitbestimmung in keiner Weise harmonisiert ist. Gerade die Harmonisierung des nationalen Mitbestimmungsrechts war es, die zunächst alle Vorhaben vor unüberwindbar geglaubte Hindernisse stellte. So stellten genau diese Bestrebungen zunächst eine Sackgasse für die SE, aber auch die Europäische Betriebsräterichtlinie, deren Ursprünge im Übrigen auf den SE-Vorschlag aus dem Jahr 1970 zurückgehen, dar. Aus dieser Sackgasse führte erst die Wende in die oben geschilderte primäre Verhandlungslösung mit sekundärer Auffangregelung, die sich zumindest im ersten Schritt sichtbar vom nationalen Recht löst. Ein weiterer Beleg für die Schwierigkeit von Harmonisierungsmaßnahmen im Bereich der Unternehmensmitbestimmung ist die mittlerweile gescheiterte Strukturrichtlinie. Bevor keine Mindestharmonisierung des nationalen Mitbe-

---

<sup>577</sup> Thesen 12 und 13, NZG 2011, 98 f.



stimmungsrechts erfolgt ist, sollte man jedoch dringend von einem Rückgriff auf nationales Recht absehen, wie die aktuellen Entwicklungen der SPE anschaulich demonstrieren.

Dennoch durchbrach man mit dem Mitbestimmungsmodell der 10. RL das durch die SE etablierte europäische Modell weiter, indem man die Anwendung nationalen Mitbestimmungsrechts zur Regel erklärte und die Verhandlungslösung mit subsidiärer Auffangregelung zur Ausnahme degradierte. Ein Umstand, der sicherlich zwei Aspekten geschuldet ist: zum einen der politischen Kompromissfindung und zum anderen der Tatsache, dass aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung letztlich eine nationale und keine supranationale Gesellschaft hervorgeht. Allerdings sollte man daraus die Konsequenz ziehen, dass das Modell der 10. RL zwar für eine aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende nationale Gesellschaft eine geeignete Lösung sein kann, zumal sie im Gegensatz zur SCE eine Art europäisches Auffangnetz zur Absicherung gewisser Mindeststandards enthält, wenn auch nur bezogen auf das Niveau der beteiligten Mitgliedstaaten. Für supranationale Gesellschaften, die gerade keine nationalen Gesellschaften sind, ist das Modell der 10. RL in der Grundkonzeption hingegen ungeeignet. Daher sollte man für supranationale Gesellschaftsformen erneut an das europäische Basismodell der SE anknüpfen. Bei den Entwicklungen, die das SE-Modell durch die SCE und die 10. RL genommen hat, handelt es sich nicht um Weiterentwicklungen des ursprünglichen Modells, sondern eher um davon abweichende Normvarianten, die der politischen Kompromissfindung geschuldet waren. Für die SPE kann man daher bereits an dieser Stelle feststellen, dass das Modell der 10. RL in seiner Grundkonzeption ungeeignet ist.

## **§ 4 Erfahrungswerte und Reformbestrebungen hinsichtlich europäischer Gesellschaftsformen**

Während die Ausführungen unter § 3 zum Status quo der Mitbestimmung auf europäischer Ebene mit Ausnahme des Exkurses zur „Vorrats-SE“ vorwiegend theoretischer Natur waren, sollen an dieser Stelle praktische Erfahrungen, die im Zusammenhang mit europäischen Gesellschaftsformen bereits gewonnen werden konnten, im Vordergrund stehen. Daraus sollen zum einen Rückschlüsse darauf gezogen werden, ob diesen überhaupt eine Relevanz in der Praxis zukommt und wenn ja, welche Rolle die Frage der Mitbestimmung und des jeweiligen Mitbestimmungsmodells dabei spielen. Zum anderen sollen etwaige praktische Missstände, die sich gegebenenfalls in Reformbestrebungen niedergeschlagen haben, beleuchtet werden, um mögliche praktische Mitbestimmungsprobleme aufzudecken.

Anzumerken sei jedoch, dass sich die folgenden Ausführungen auf die konzeptionelle Ebene beschränken und nicht die praktischen Erfahrungen, die in den Aufsichts- und/oder Verwaltungsräten der einzelnen Unternehmen gesammelt wurden, mit einbeziehen. Die Aufsichtsrats- und/oder Verwaltungsrats-tätigkeit ist vornehmlich dem Bereich der Corporate Governance zuzuordnen, der im zweiten Teil der Arbeit noch von Bedeutung sein wird.

### **A. Statistische Erfahrungswerte**

Setzt man die drei bislang zur Verfügung stehenden europäischen Rechtsformen in Relation zueinander, so ergibt sich zunächst folgendes Bild: Die bereits am längsten zur Verfügung stehende Rechtsform – EWIV (seit 1989) – führt derzeit noch mit 2.221 Gründungen<sup>578</sup>, die am zweitlängsten zur Verfügung stehende Rechtsform – SE (seit 2004) – ist der EWIV mit derzeit 1.601 Gründungen<sup>579</sup> auf den Fersen und die jüngste europäische Rechtsform – SCE (seit 2006) – ist mit derzeit erst 23 Gründungen<sup>580</sup> weit abgeschlagen.

Bemerkenswert ist bei Betrachtung der Gesellschaftsformen, dass die EWIV bei etwa 80 Gründungen pro Jahr stagniert<sup>581</sup>, während die SE immer stärkeren Zuspruch findet.

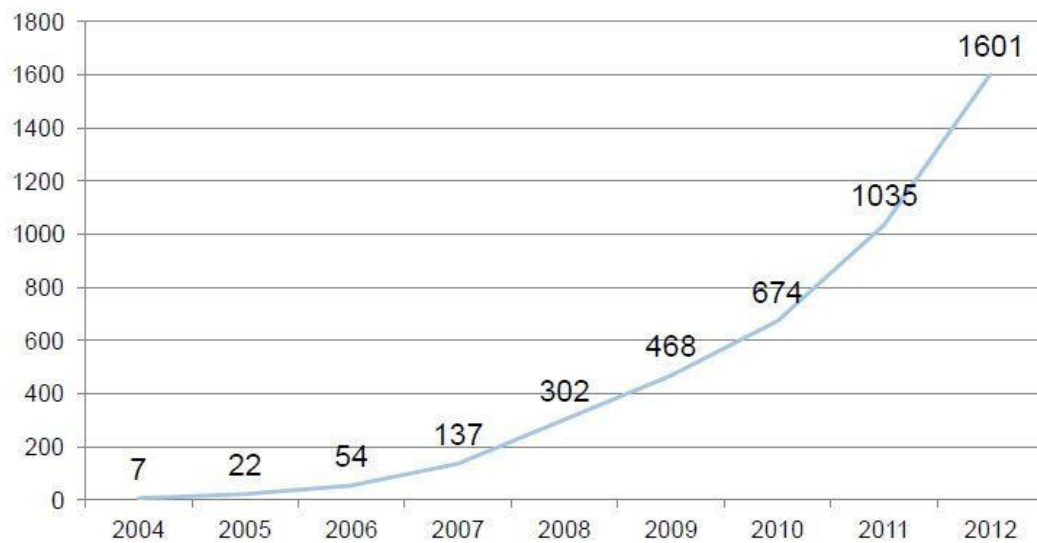
---

<sup>578</sup> EWIV-Statistik des Europäischen EWIV-Informationszentrums (bei LIBERTAS Europäisches Institut GmbH), Stand 17.1.2013, abrufbar unter <http://www.libertas-institut.com/de/EWIV/statistik.pdf>.

<sup>579</sup> ETUI, „Overview of current state of SE founding in Europe“, Update: 1 January 2013, abrufbar unter <http://ecdb.worker-participation.eu>.

<sup>580</sup> LIBERTAS Europäisches Institut GmbH, Liste der Europäischen Genossenschaften, Stand 17.1.2013, abrufbar unter [http://www.libertas-institut.com/de/EWIV/List\\_SCE.pdf](http://www.libertas-institut.com/de/EWIV/List_SCE.pdf).

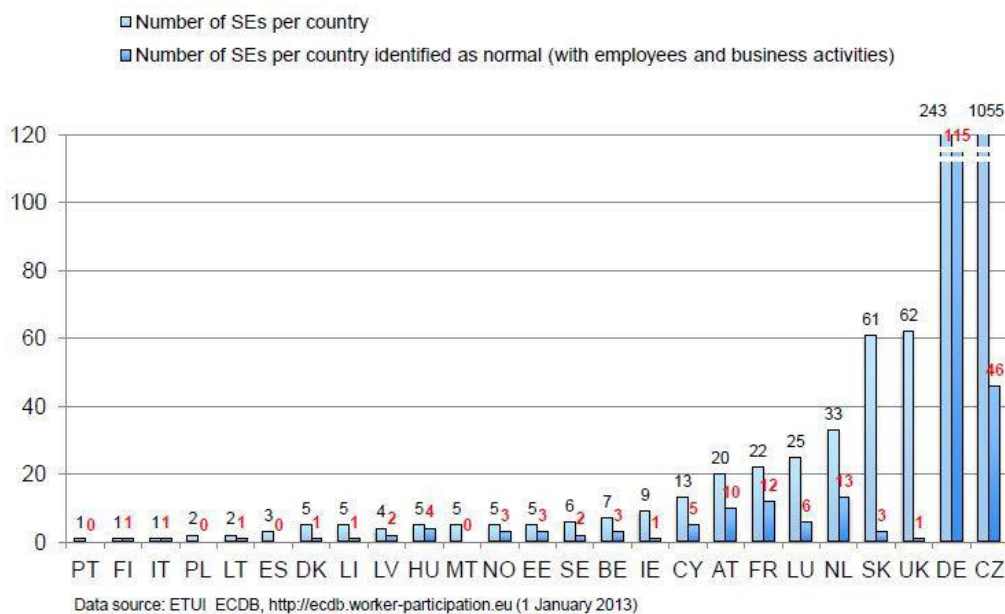
<sup>581</sup> Schlüter, EuZW 2002, 589, 591.



Data source: ETUI ECDB, <http://ecdb.worker-participation.eu> (1 January 2013)

Hinsichtlich der SCE ist noch kein verlässlicher Trend zu verzeichnen, da diese Rechtsform erst seit 2006 zur Verfügung steht. Momentan besteht jedoch der Anschein, dass die SCE keine allzu große praktische Relevanz haben wird, was vermutlich daran liegen dürfte, dass sie vornehmlich nur in gewissen Sparten (Kreditwesen, Wohnungsbau, Landwirtschaft) Verwendung findet.<sup>582</sup>

Bei der SE hingegen lohnt eine nähere Differenzierung sowohl hinsichtlich der länderspezifischen Verteilung als auch hinsichtlich der Ausprägung der SE.



Data source: ETUI ECDB, <http://ecdb.worker-participation.eu> (1 January 2013)

<sup>582</sup> Siehe hierzu Teil 1, § 3 A. III. 2. (S. 55).

Dabei fällt auf, dass die Mehrzahl der SE-Gründungen in Tschechien (1.101 von 1.601 = 68,77 %) <sup>583</sup> und in Deutschland (358 von 1.601 = 22,36 %) zu verzeichnen sind. Des Weiteren fällt auf, dass es sich nach der Definition des ETUI <sup>584</sup> bei den wenigsten um sog. „normale SEs“ handelt, das heißt solche, die mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigen und eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. <sup>585</sup> Bei den meisten handelt es sich um sog. UFO-SEs <sup>586</sup>, darunter versteht man nach der Definition des ETUI SEs, von denen nur die Eintragung in das Handelsregister bekannt ist, meist Vorrats-SEs, leere SEs oder sog. Micro-SEs (SEs mit fünf oder weniger Arbeitnehmern). Von den 1.601 SE-Gründungen handelt es sich bei 1.111 um sog. UFO-SEs, wovon allein 909 auf Tschechien entfallen. <sup>587</sup>

Die vermehrte Gründung von Vorrats-SE korrespondiert zudem mit der Erkenntnis, dass in Tschechien ein immenser Markt für Vorratsgesellschaften besteht <sup>588</sup>. Warum ausgerechnet in Tschechien ein derart starker Markt für Vorrats-SEs besteht, kann an dieser Stelle noch nicht abschließend beantwortet werden. <sup>589</sup> Einen Erklärungsversuch liefert der erste Bericht der Kommission im Rahmen der Überprüfung der SE-VO. Darin wird als Grund für vermehrte Gründungen in Deutschland und Tschechien die aktive Förderung der SE in diesen Ländern genannt und als Grund für die vermehrten Vorratsgründungen in diesen Mitgliedstaaten angeführt, dass Vorratsgründungen und deren Verwendung in diesen Mitgliedstaaten gang und gäbe seien. <sup>590</sup> Diese Erklärungsversuche werden jedoch insbesondere für die zahlreichen Gründungen von Vorrats-SEs in Tschechien nicht als zufriedenstellend angesehen. <sup>591</sup> Auffällig ist zudem, dass in Ländern mit gesetzlichen Anforderungen zur unternehmerischen Mitbestimmung deutlich mehr SE-Gründungen zu verzeichnen sind, genauer gesagt durchschnittlich acht Mal mehr SE-Gründungen als in den übrigen Staaten. <sup>592</sup> Diese Erkenntnis

---

<sup>583</sup> Siehe zur Verteilung der Gründungen auch *Casper*, ZHR 173 (2009), 181, 183; *Henssler*, ZHR 173 (2009), 222, 223; einen „Blick in die deutsche SE-Landschaft“ gewähren *Bayer/Hoffmann/J. Schmidt*, AG 2009, R 480.

<sup>584</sup> European Trade Union Institute (ETUI).

<sup>585</sup> Siehe ETUI, „Overview of current state of SE founding in Europe“, Update: 1 June 2012, abrufbar unter <http://ecdb.worker-participation.eu>.

<sup>586</sup> Siehe zu dem Begriff *Keller/Werner*, WSI-Mitteilungen 2009, 416, 417.

<sup>587</sup> Zu den Begrifflichkeiten und Zahlen siehe ETUI, „Overview of current state of SE founding in Europe“, Update: 1 January 2013, abrufbar unter <http://ecdb.worker-participation.eu>.

<sup>588</sup> Siehe hierzu auch die Präsentation auf dem SEEurope meeting vom 3./4.6.2008, „SE companies in the Czech Republic“ von Anders Carlson, abrufbar unter <http://www.sda-asbl.org/TestiPDF/CZ%20Shelf%20companies.pdf>.

<sup>589</sup> Vgl. auch *Henssler*, ZHR 173 (2009), 222, 223; *ders.*, Der Gesellschafter 2011, 6; aktuelle Studie von *Eidenmüller/Lasák*, in: FS Hommelhoff (2012), S. 187 ff.

<sup>590</sup> Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) vom 17.11.2010, COM (2010) 676 endg., 6 f.

<sup>591</sup> So bspw. ETUC in ihrer Antwort an die Kommission auf die First phase consultation of Social Partners under Article 154 TFEU on the possible review of Directive 2001/86/EC supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees, 5.7.2011, C (2011) 4707 final, October 2011, abrufbar unter [http://www.etuc.org/IMG/pdf/DG\\_EMPL\\_re\\_SE\\_Directive\\_FINAL\\_EN.pdf](http://www.etuc.org/IMG/pdf/DG_EMPL_re_SE_Directive_FINAL_EN.pdf).

<sup>592</sup> *Eidenmüller/Engert/Hornuf*, AG 2009, 845, 848; *dieselben*, EBOR 2009, 1, 29 ff.

wird auch für die immensen Gründungszahlen von Vorrats-SE in Tschechien als Erklärungsversuch herangezogen wird. So führt beispielsweise *Henssler* an, dass Tschechien nach Deutschland eines der weitreichendsten Mitbestimmungsmodelle kenne und die Drittelparität bereits für AGs mit mehr als 50 Arbeitnehmern vorschreibe.<sup>593</sup> Dies spiele nach Ansicht von *Henssler* sicher eine Rolle bei der Gründungswelle von Vorrats-SE in Tschechien.<sup>594</sup> Eine aktuelle Auseinandersetzung mit den auffällig hohen SE-Gründungszahlen in Tschechien findet sich bei *Eidenmüller/Lasák*.<sup>595</sup> In ihrer in 2010 durchgeführten Studie über die Motivation tschechischer SE-Gründer, sich für diese Gesellschaftsform zu entscheiden, gelangten sie zu dem Ergebnis, dass die zwei Motive eine herausragende Rolle spielen. Dabei handelt es sich zum einen um den Wunsch, die interne Governance-Struktur des Unternehmens zu vereinfachen und zum anderen um das positive Image der SE.<sup>596</sup> Einen weiteren Anreiz zur Gründung einer SE in Tschechien bietet nach den Erkenntnissen von *Eidenmüller/Lasák* ein bemerkenswertes Finanzierungsmodell bei SE-Gründungen. Bei diesem Finanzierungsmodell streckt der Anbieter der Vorrats-SE das Grundkapital vor und zieht es vor dem Verkauf der Gesellschaft wieder ab, so dass der Gesellschaft nunmehr lediglich eine Forderung gegen den Kunden in Höhe des Kaufpreises zusteht. Die rechtliche Zulässigkeit dieses Finanzierungsmodells dahingestellt, führt es nach den Erkenntnissen von *Eidenmüller/Lasák* dazu, dass der SE-Gründer das Grundkapital tatsächlich nicht aufbringen muss.<sup>597</sup> Der Umgehung von Mitbestimmungsregelungen mittels tschechischer SEs wird von *Eidenmüller/Lasák* hingegen eine untergeordnete Rolle zugeordnet.

Weitere mitbestimmungsrechtliche Auffälligkeiten im Zusammenhang mit SE-Gründungen gibt es jedoch bei SEs mit Sitz in Deutschland. So stellte man in Deutschland fest, dass SE-Gründungen mit dem Nahen mitbestimmungsrelevanter Schwellenwerte (500 bzw. 2.000 Arbeitnehmer) in Zusammenhang stehen.<sup>598</sup> *Keller/Werner* bezeichnen dieses Phänomen als „präventive Mitbestimmungsflucht“<sup>599</sup>. Hintergrund ist die an anderer Stelle geschilderte Möglichkeit, mittels einer SE das vorhandene Mitbestimmungsniveau einzufrieren.<sup>600</sup> Ferner belegen abgeschlossene Verhandlungen, dass die SE bereits genutzt wurde, um im Wege der Verhandlungslösung das Mitbestimmungsniveau abzusenken (z.B. Allianz SE<sup>601</sup>, Porsche

---

<sup>593</sup> *Henssler*, Der Gesellschafter 2011, 6 unter Berufung auf die Übersicht von *Kluge/Stollt* (2004), ETUI, zur Arbeitnehmerbeteiligung in den höchsten Unternehmensorganen in der EU-25, abgedruckt bei *Köstler*, Die Europäische Aktiengesellschaft (2011), S. 69; abrufbar unter [http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/file\\_uploads/tableblrineu15\\_final\\_120304-de.pdf](http://www.seeurope-network.org/homepages/seeurope/file_uploads/tableblrineu15_final_120304-de.pdf).

<sup>594</sup> *Henssler*, Der Gesellschafter 2011, 6.

<sup>595</sup> *Eidenmüller/Lasák*, „Das tschechische Societas Europaea-Rätsel“, in: FS Hommelhoff (2012), S. 187 ff.

<sup>596</sup> *Eidenmüller/Lasák*, in: FS Hommelhoff (2012), S. 187, 202.

<sup>597</sup> *Eidenmüller/Lasák*, in: FS Hommelhoff (2012), S. 187, 203.

<sup>598</sup> *Eidenmüller/Engert/Hornuf*, AG 2009, 845, 849; *Keller/Werner*, WSI-Mitteilungen 2009, 416, 421 f.

<sup>599</sup> *Keller/Werner*, WSI-Mitteilungen 2009, 416, 422.

<sup>600</sup> Siehe Teil 1, § 3 A. II. 6. (S. 60); Teil 2, § 1 A.IV. 1. d) (S. 159).

<sup>601</sup> *Nagel*, NZG 2007, 57, 58.

Automobil Holding SE, Bilfinger Berger SE<sup>602</sup>, E.ON SE<sup>603</sup>)<sup>604</sup> bzw. die Mitbestimmung ganz abzuschaffen (z.B. Hager SE)<sup>605</sup>.

Diese Feststellungen korrespondieren wiederum mit den Ergebnissen einer empirischen Analyse der Motive hinsichtlich der Rechtsformwahl, die an der Universität München durchgeführt wurde<sup>606</sup>. Danach spielen das europäische Image der SE, die Vermeidung oder Abmilderung der unternehmerischen Mitbestimmung sowie die Wahl eines monistischen Leitungssystems die größte Rolle bei der Wahl der SE als Rechtsform.<sup>607</sup> Eine auffällige Diskrepanz besteht insoweit allerdings zwischen der anonymen Befragung und den Verlautbarungen der Gesellschaften nach außen. Während 29 der anonym Befragten die Gestaltung der Mitbestimmung als Motiv für die Rechtsformwahl angaben, war es bei den öffentlichen Verlautbarungen noch einer.<sup>608</sup>

Zusammenfassend lassen die obigen Ausführungen die Schlussfolgerung zu, dass die SE ein beliebtes Instrument zur Umgehung der unternehmerischen Mitbestimmung ist. Diese Annahme wird zudem durch Beiträge der Literatur bestärkt, in denen die SE zunehmend für diese Zwecke angepriesen und die Eleganz dieser Lösung gegenüber anderen Umgehungs-konstruktionen hervorgehoben wird.<sup>609</sup>

## B. Reformbestrebungen: (Weiter-) Entwicklung der SE

Sowohl die SE-VO als auch die SE-RL sehen eine Überprüfung der jeweiligen Regelungen vor. Während Art. 15 SE-RL bereits eine Überprüfung durch die Kommission spätestens zum 8. Oktober 2007 vorsah, ist in Art. 69 SE-VO eine Berichterstattung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament spätestens fünf Jahre nach Inkrafttreten der Verordnung vorgesehen.<sup>610</sup> Beide Fristen sind mittlerweile verstrichen, und die Vorbereitungen einer Überprüfung haben begonnen. Einen ersten Bericht hinsichtlich der Überprüfung der SE-RL

---

<sup>602</sup> EBR-News 3/2010.

<sup>603</sup> EBR-News 4/2012.

<sup>604</sup> Siehe *Schröder*, in: MMS, Vorb. Rn. 82; weitere Informationen abrufbar unter <http://www.euro-betriebsrat.de/ebr/115.php>.

<sup>605</sup> Mitbestimmung wurde zugunsten eines Sozialfonds abgeschafft, siehe *Schröder*, in: MMS, Vorb. Rn. 82; *Eidenmüller/Engert/Hornuf*, AG 2009, 845, 848.

<sup>606</sup> *Eidenmüller/Engert/Hornuf*, AG 2009, 845; *dieselben*, EBOR 2009, 1.

<sup>607</sup> *Eidenmüller/Engert/Hornuf*, AG 2009, 845, 847 ff.

<sup>608</sup> *Eidenmüller/Engert/Hornuf*, AG 2009, 845, 847.

<sup>609</sup> So ganz deutlich *Rieble*, BB 2006, 2018, 2019.

<sup>610</sup> Vgl. hierzu auch *Lutter/Bayer/Schmidt*, § 41 Rn. 7.

legte die Kommission am 30.9.2008<sup>611</sup>, einen ersten Bericht hinsichtlich der Überprüfung der SE-VO legte die Kommission am 17.11.2010<sup>612</sup> vor. Unterdessen ließ die Kommission eine externe Studie hinsichtlich des Überarbeitungsbedarfs der SE-VO anfertigen<sup>613</sup> und führte in 2011 eine Konsultation der Sozialpartner<sup>614</sup> durch. Darüber hinaus waren die Frage, ob eine Überarbeitung der SE-VO bzw. der SE-RL gewünscht wird sowie die Frage, welche Punkte überarbeitet werden müssten, Gegenstand der öffentlichen Konsultation zur Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts<sup>615</sup> in 2012. Die Ergebnisse der Konsultation liegen seit Juli 2012<sup>616</sup> vor. Ein Vorschlag zur Überarbeitung der SE-VO bzw. der SE-RL wurde von der Kommission bislang nicht vorgestellt.

Hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer hat die Kommission insbesondere drei Problemfelder identifiziert, nämlich (1) die Komplexität des Verfahrens, (2) der Mangel an Rechtssicherheit hinsichtlich bestimmter Aspekte des Verhandlungsverfahrens sowie (3) die Bedenken, dass die Verwendung der Rechtsform SE Auswirkungen auf die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer haben könnte, die nach nationalem oder EU Recht gewährt werden.<sup>617</sup> Ein ähnliches Bild ergibt sich aus dem Ergebnis der öffentlichen Konsultation zur Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts.<sup>618</sup> Darin wird eine Überarbeitung der Vorschriften insgesamt befürwortet sowie im Einzelnen beispielsweise die Vereinfachung des Verfahrens, die Beseitigung von Rechtsunsicherheiten und eine ausdrückliche Regelung im Hinblick auf den Umgang mit Vorratsgesellschaften gefordert. In gesellschaftsrechtlicher Hinsicht von besonderem Interesse ist zudem die Forderung nach der Möglichkeit, Register- und Verwaltungs-

---

<sup>611</sup> Mitteilung der Kommission zur Überprüfung der Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, KOM (2008) 591 endgültig v. 30.9.2008.

<sup>612</sup> Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), KOM (2010) 676 endgültig v. 17.11.2010.

<sup>613</sup> Ernst & Young, Study on the operations and impacts on the Statute for a European Company (Final Report), 9.12.2009, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2010/se/study\\_SE\\_9122009\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/study_SE_9122009_en.pdf).

<sup>614</sup> Consultation Document, First phase consultation of Social Partners under Article 154 TFEU on the possible review of Directive 2001/86/EC supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees v. 5.7.2011, C (2011) 4707 final, S. 4 f., abrufbar unter <http://www.worker-participation.eu/European-Company/Review-2010-12/Social-partner-2011-consultation-SE-Directive>.

<sup>615</sup> Fragenkatalog in Deutsch abrufbar unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2012/companylaw/questionnaire\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/companylaw/questionnaire_de.pdf); siehe hierzu *Hopt*, EuZW 2012, 481.

<sup>616</sup> Feedback Statement in Englisch abrufbar unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback\\_statement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback_statement_en.pdf).

<sup>617</sup> Consultation Document, First phase consultation of Social Partners under Article 154 TFEU on the possible review of Directive 2001/86/EC supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees v. 5.7.2011, C(2011) 4707 final, S. 4 f., abrufbar unter <http://www.worker-participation.eu/European-Company/Review-2010-12/Social-partner-2011-consultation-SE-Directive>.

<sup>618</sup> Abrufbar unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback\\_statement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback_statement_en.pdf).

sitz in zwei unterschiedlichen Mitgliedstaaten zu wählen.<sup>619</sup> Gerade dieser Punkt ist im Hinblick auf den Vorschlag der SPE eines der Streitthemen, allerdings ist die Mitbestimmungslösung der SPE momentan anders als bei der SE generell an den Satzungssitz geknüpft.

### C. Schlussfolgerungen

Während die Gründungszahlen der EWIV stagnieren und die SCE-Gründungen bislang nicht recht in Fahrt gekommen sind, ist bei den SE-Gründungen ein exponentielles Wachstum zu verzeichnen. Daraus lässt sich ableiten, dass die SE sich immer größer werdender Beliebtheit erfreut und derzeit die europäische Rechtsform mit der höchsten praktischen Relevanz ist. Die 10. RL findet in der empirischen Analyse keine Berücksichtigung, da aus ihr letztlich eine nationale Rechtsform und gerade keine supranationale Rechtsform hervorgeht.

Aus den Erfahrungen mit der SE, die wie die vorangegangenen Ausführungen ergeben haben, durchaus von praktischer Relevanz auf dem europäischen Parkett des Gesellschaftsrechts ist, können zudem folgende Schlussfolgerungen gezogen werden:

Besorgniserregend ist, welchen Stellenwert die SE als Instrument zur Umgehung unternehmerischer Mitbestimmung einnimmt, das zudem als „elegant“ angepriesen wird. Man daher festhalten, dass die Mitbestimmung eine erhebliche Rolle bei der Wahl einer SE als Rechtsform spielt. Dies wurde bereits in der oben genannten Studie von *Eidenmüller/Engert/Hornuf* festgestellt. Die Studie liegt mittlerweile allerdings schon über vier Jahre zurück und man kann konstatieren, dass der Trend der SE-Gründungen bis heute steigend ist – insbesondere in Bezug auf die auffallend gehäuften Vorratsgründungen in Tschechien. Eine Erkenntnis, die darüber hinaus von den Reformbestrebungen hinsichtlich der SE untermauert wird. Als praktische Missstände der SE haben sich neben der Komplexität des Gründungs- und Verhandlungsverfahrens insbesondere die Bedenken hinsichtlich der Auswirkungen auf die Beteiligung der Arbeitnehmer und die im Zusammenhang mit Vorrats-SE aufgetretenen Schwierigkeiten bei der Gründung arbeitnehmerloser SE hervorgerufen.

Für die Entwicklung der SPE und insbesondere des Mitbestimmungsmodells in der SPE sollte man daher unbedingt zwei Erkenntnisse aus diesen praktischen Erfahrungen ziehen:

---

<sup>619</sup> Siehe hierzu sowie zu weiteren Änderungsvorschlägen Report of the Reflection Group On the future of EU Company Law, 5.4.2011, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/reflectiongroup\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf); *Lutter/Bayer/Schmidt*, § 41 Rn. 14; *Oechsler*, in: *MüKo AktG*, Art. 69 SE-VO Rn. 2; *Jacobs*, in: *MüKo AktG*, Europäische Aktiengesellschaft, Vorb. Rn. 40b; *AAK*, ZIP 2009, 698; *dies.* ZIP 2010, 2221; *dies.* ZIP 2011, 1841; *Henssler*, ZHR 173 (2009), 222; *Casper*, ZHR 173 (2009), 181 *Zimmer*, EWS 2010, 222.



Erstens sollte eine weitere Gefährdung oder Verschlechterung von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer dringend vermieden werden. Eine weitere Verschlechterung kann weder gewünscht sein noch sollte der damit einhergehende Imageverlust europäischer Gesellschaftsformen unterschätzt werden.

Zweitens sollte die im Zusammenhang mit der SE kritisierte Komplexität des Verfahrens vermieden werden, insbesondere da die Zielgruppe der SPE KMU sind. Ein kompliziertes und damit zeit- und kostenintensives Verfahren wäre zur Förderung von KMU nicht geeignet und würde damit schließlich das gewünschte Ziel verfehlen.

## **§ 5 Aktuelles Arbeitnehmermitbestimmungsmodell der SPE im supranationalen Kontext**

### **A. Aktuelles Arbeitnehmermitbestimmungsmodell der SPE**

Aktuell steht - basierend auf dem ungarischen Kompromissvorschlag<sup>620</sup> - folgendes Arbeitnehmermitbestimmungsmodell für die SPE zur Diskussion:

#### **I. Grundregel: Sitzstaatsprinzip**

Die SPE unterliegt grundsätzlich den Mitbestimmungsregeln des Mitgliedstaates, in dem sie ihren Sitz hat (Art. 35 Abs. 1 SPE-VOE U).

Unter Sitz ist in diesem Fall der Registersitz der SPE zu verstehen.<sup>621</sup> Problematisch und wie die vorangegangene Darstellung<sup>622</sup> bereits gezeigt hat, Gegenstand kontroverser Diskussionen, ist die Tatsache, dass Register- und Verwaltungssitz der SPE anders als bei der SE und der SCE nicht zwingend aneinander gekoppelt sind.<sup>623</sup> Der ungarische Vorschlag sieht lediglich vor, dass Register- und Verwaltungssitz in der Europäischen Union liegen müssen.<sup>624</sup> Die Frage, ob eine Kopplung vorliegen muss, bleibt im Gegensatz zu dem schwedi-

---

<sup>620</sup> Siehe hierzu Teil 1, § 1 B. VI. (S. 34).

<sup>621</sup> Auch wenn die Formulierung nicht mehr wie noch im Kommissionsvorschlag (dort Art. 34 Abs. 1 SPE-VOE) „eingetragener Sitz“, sondern nunmehr „Sitzmitgliedstaat“ lautet; ausdrücklich zum Kommissionsentwurf: *Forst*, ZESAR 2009, 261, 263.

<sup>622</sup> Siehe oben Teil 1, § 1 B. I. (S. 22).

<sup>623</sup> SE: Art. 7 SE-VO; SCE: Art. 6 SCE-VO.

<sup>624</sup> Vgl. Art 7 SPE-VOE U

schen Entwurf<sup>625</sup> bereits von Beginn an den jeweiligen Mitgliedstaaten selbst überlassen. Insofern gilt einzelstaatliches Recht.

Das kann dazu führen, dass als Registersitz ein möglichst mitbestimmungsaverser Staat gewählt wird, um auf diese Weise die Mitbestimmungsregeln eines besonders mitbestimmungsaffinen Staates, in dem man den Verwaltungs- und/oder Hauptniederlassungssitz wählen möchte, zu umgehen.<sup>626</sup> Zwar sehen die Erwägungsgründe 6a und 16 sowie Art. 35 Abs. 4 SPE-VOE U des ungarischen Verordnungsvorschlags vor, dass die jeweiligen Mitgliedstaaten Maßnahmen ergreifen sollen, um zu verhindern, dass in ihrem Mitgliedstaat niedergelassene SPE dazu missbraucht werden, Auflagen zu umgehen und dass eine SPE nicht zur Umgehung nationaler Mitbestimmungsregelungen missbraucht werden soll, jedoch verbleiben bei derart allgemein gehaltenen Vorgaben genügend rechtliche Grauzonen für denjenigen, der solches plant.<sup>627</sup>

## II. Ausnahme: Verhandlungslösung mit subsidiärer Auffangregelung

Eine Verhandlungslösung mit subsidiärer Auffangregelung greift jedoch nach Art. 35 Abs. 1a SPE-VOE U, wenn

1. die SPE während eines ununterbrochenen Zeitraums von drei Monaten nach ihrer Eintragung mindestens 500 Arbeitnehmer hat, die regelmäßig in einem Mitgliedstaat arbeiten, der ein höheres Niveau der Arbeitnehmermitbestimmung vorsieht als der Sitzmitgliedstaat der SPE oder
2. im Fall der Verlegung des Sitzes der SPE mindestens ein Drittel der Arbeitnehmer, wenigstens aber 500 Arbeitnehmer, zum Zeitpunkt der Registrierung der SPE im Aufnahmemitgliedstaat regelmäßig im Herkunftsmitgliedstaat der SPE arbeiten und für die Arbeitnehmer im Herkunftsmitgliedstaat der SPE ein höheres Niveau der Arbeitnehmermitbestimmung als im Aufnahmemitgliedstaat der SPE galt.

Beide Alternativen, in denen die Verhandlungslösung, die in Art. 35a bis 35d SPE-VOE U geregelt ist, eingreifen soll, beinhalten einen Schwellenwert, der zunächst überschritten werden muss und setzen zudem das Bestehen eines Mitbestimmungsgefälles zu Ungunsten der Arbeitnehmer voraus.

---

<sup>625</sup> Dieser sah in Art. 7 SPE-VOE S eine zwingende Kopplung von zwei Jahren vor.

<sup>626</sup> Vgl. zu dieser Problematik bereits *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2008, 897, 910; *Hommelhoff/Krause/Teichmann*, GmbHR 2008, 1193, 1195 f.; *Forst*, ZESAR 2009, 261, 263 f.; *Koberski/Heuschmid*, RdA 2010, 207, 210 f.

<sup>627</sup> Kritisch hierzu auch *Lutter/Bayer/Schmidt*, § 43 Rn. 14.

Ferner hat die Geschäftsführung der SPE mindestens alle drei Jahre eine Überprüfung vorzunehmen, um festzustellen, ob die Voraussetzungen von Art. 35 Abs. 1a SPE-VOE U erfüllt sind (Art. 35 Abs. 1b SPE-VOE U). Das heißt, ein Hineinwachsen der SPE in das Erfordernis der Verhandlungslösung ist möglich. Fraglich hingegen ist, ob allein aufgrund dieser Regelung auch ein Herausfallen aus einer einmal begründeten supranationalen Mitbestimmungspflicht iSd Art. 35 Abs. 1a SPE-VOE U möglich ist.<sup>628</sup>

Dafür spricht zum einen der Wortlaut des Art. 35 Abs. 1b SPE-VOE U iVm Art. 35 Abs. 1 SPE-VOE U. Darin heißt es lediglich, dass alle drei Jahre eine Überprüfung dahingehend vorzunehmen ist, ob die Voraussetzungen von Absatz 1a Buchstabe a erfüllt sind. Da nach Art. 35 Abs. 1 SPE-VOE U vorbehaltlich des Artikels 35 SPE-VOE U das Sitzstaatsprinzip über die Anwendung der Mitbestimmungsregelungen entscheidet, müsste streng genommen das Sitzstaatsprinzip wieder eingreifen, sobald die Voraussetzungen des Art. 35 Abs. 1a Buchstabe a SPE-VOE U nicht mehr erfüllt werden. Das heißt, wenn der Schwellenwert von 500 Arbeitnehmern unterschritten wird, die regelmäßig in einem Mitgliedstaat arbeiten, der ein höheres Niveau der Arbeitnehmermitbestimmung vorsieht als der Sitzmitgliedstaat der SPE.

Dagegen spricht jedoch, dass die Laufzeit einer einmal getroffenen Mitbestimmungsvereinbarung nach Art. 35c Abs. 2 lit. c SPE-VOE U in der Vereinbarung selbst enthalten sein muss ebenso wie die Fälle, in denen die Vereinbarung neu ausgehandelt werden soll. Die sachliche und zeitliche Geltungswirkung der Vereinbarung ist daher grundsätzlich in das Ermessen der Parteien gestellt worden.

Allerdings ist im Ergebnis dem Wortlaut entsprechend auch ein Herausfallen aus einer einmal begründeten supranationalen Mitbestimmungspflicht iSd Art. 35 Abs. 1a SPE-VOE U ebenso möglich wie das Hineinwachsen. Schließlich wird mit dem Unterschreiten des Schwellenwertes und dem nicht mehr Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 35 Abs. 1a SPE-VOE U der Mitbestimmungsvereinbarung die Rechtfertigungsgrundlage entzogen. Sobald der Schwellenwert unterschritten wird, müsste konsequenterweise das Sitzstaatsprinzip erneut Anwendung finden.

Im Gegensatz zu dem SE-Modell enthält der aktuelle Vorschlag des SPE-Modells daher eine gewisse Dynamik.<sup>629</sup> Während in dem SE-Modell mit Gründung der SE eine Form der Mitbestimmung „zementiert“<sup>630</sup> bzw. „eingefroren“<sup>631</sup> wird und grundsätzlich nur im Fall struktureller

---

<sup>628</sup> Lutter/Bayer/Schmidt, § 43 Rn. 175 hingegen bejahen sowohl ein nachträgliches „Hineinwachsen“ als auch ein nachträgliches „Herausfallen“, ohne dies zu problematisieren.

<sup>629</sup> Zur Überprüfungsregelung als Novum ggü. SE-RL und 10. RL siehe auch Lutter/Bayer/Schmidt, § 43 Rn. 175; Grundmann, Rn. 1128.

<sup>630</sup> Vgl. Rieble, BB 2006, 2012, 2012.

Änderungen<sup>632</sup> die Wiederaufnahme von Verhandlungen möglich ist,<sup>633</sup> kennt das SPE-Modell eine Dynamik dahingehend, dass in regelmäßigen Abständen überprüft wird, ob die Voraussetzungen noch vorliegen. Wie soeben ausgeführt wird dadurch sowohl ein Hineinwachsen als auch ein Herausfallen aus einer einmal begründeten Mitbestimmungsvereinbarung ermöglicht. Streng genommen müsste dies auch für eine zur Anwendung gelangte Aufangregelung gelten. Erfüllt die SPE die Voraussetzungen des Art. 35 Abs. 1a SPE-VOE U nicht mehr, müsste nach hier vertretener Ansicht in jedem Fall erneut das Sitzstaatsprinzip Anwendung finden.

Auch im Vergleich zur 10. RL ist die Dynamik des SPE-Modells neu. Im Rahmen der 10. RL ist lediglich eine dreijährige Bestandssicherung der Arbeitnehmermitbestimmung hinzugekommen, für den Fall, dass für die aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft ein System der Arbeitnehmermitbestimmung gilt.<sup>634</sup> Diese soll eine Verschlechterung der Mitbestimmungsrechte durch innerstaatliche Verschmelzungen für die Anfangsphase verhindern. Eine dauerhafte Sicherung europäischer Vorgaben ist hingegen nicht möglich. An dieser Stelle wird deutlich, dass es sich nicht um eine europäische, sondern um eine nationale Rechtsform handelt, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgeht.

## 1. Verhandlungslösung

Die Verhandlungslösung an sich ist in Art 35a bis 35c SPE-VOE U geregelt und entspricht im Wesentlichen der bereits von ihren supranationalen Vorgängerinnen bekannten.<sup>635</sup> Die Modalitäten des Verhandlungsverfahrens (Art. 35a und b SPE-VOE U) und die Anforderungen an die Vereinbarung (Art. 35c SPE-VOE U) sind in der Verordnung selbst geregelt und greifen nicht auf die Verweisungstechnik der 10. RL zurück. Verwiesen wird lediglich für den Fall einer grenzüberschreitenden Verschmelzung. In diesem Fall finden die Vorschriften der Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Richtlinie 2005/56/EG Anwendung.

---

<sup>631</sup> So beispielsweise *Köstler*, in Böcklerimpuls 11/2011.

<sup>632</sup> Zum Begriff der strukturellen Änderungen siehe *Freis*, in: NFK, § 18 SEGB Rn. 8 ff.

<sup>633</sup> Erwägungsgrund Nr. 18 SE-RL bzw. § 18 Abs. 3 SEBG.

<sup>634</sup> Art. 16 Abs. 7 RL 2005/56/EG.

<sup>635</sup> Vgl. auch *Lutter/Bayer/Schmidt*, § 43 Rn. 176; *Grundmann*, Rn. 1128.

### **a) Bildung des Besonderen Verhandlungsgremiums**

Hinsichtlich der Bildung des BVG ist gegenüber ihren supranationalen Vorgängerinnen in der SPE eine neue Regelung hinzugetreten. Mit Art. 35a Abs. 2 lit. e SPE-VOE U wurde auf europäischer Ebene erstmals eine Frist zur Bildung des BVG, und zwar von drei Monaten, implementiert.<sup>636</sup> Bislang existierten derartige Fristen lediglich auf nationaler Ebene, so bspw. für die SE in § 11 Abs. 1 Satz 1 SEBG eine Frist von zehn Wochen zur Bildung des BVG.<sup>637</sup> Allerdings wurde gerade das SE-Gründungsverfahren unter anderem aufgrund der praktischen Probleme im Zusammenhang mit der Bildung des BVG bereits mehrfach kritisiert,<sup>638</sup> so dass zumindest eine einheitliche europäische Frist zur Bildung des BVG im Rahmen der SPE zu begrüßen ist. Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang eine weitere Möglichkeit hinzugetreten. So ermöglicht es Art. 35a Abs. 2 lit. ea SPE-VOE U den Arbeitnehmern eines oder mehrerer Mitgliedstaaten, auf die Beteiligung an der Einsetzung des besonderen Verhandlungsgremiums zu verzichten. Das Verfahren für Beschlüsse auf Verzicht der Beteiligung an der Einsetzung des besonderen Verhandlungsgremiums legen die Mitgliedstaaten je für ihr Hoheitsgebiet fest. Arbeitnehmer, die innerhalb von drei Monaten nach Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 35a Abs. 1 SPE-VOE U kein Mitglied bzw. keine Mitglieder gewählt oder bestellt haben, werden nach Art. 35a Abs. 2 Lit. ea iVm Art. 35a Abs. 2 lit. e SPE-VOE U bei der Berechnung der zu vergebenden Sitze in dem besonderen Verhandlungsgremium oder bei der Beschlussfassung des Gremiums gem. Art. 35 Abs. 2 und 3 nicht berücksichtigt.

Arbeitnehmer, die nach Art. 35a Abs. 2 lit. ea auf ihr Recht zur Arbeitnehmermitbestimmung verzichtet haben, können nach Art. 35a Abs. 2 lit. g einem grenzüberschreitenden System der Arbeitnehmermitbestimmung beitreten, wenn Arbeitnehmer gemäß der Vereinbarung über die Mitbestimmung oder gemäß Art. 35d Abs. 6 neue Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans wählen oder bestellen oder deren Bestellung empfehlen oder ablehnen. Eine Regelung über die Art und Weise wie Arbeitnehmer, die nach Art. 35a Abs. 2 lit. ea auf ihr Mitbestimmungsrecht verzichtet haben, in die Verfahren zur Wahl oder Bestellung bzw. Empfehlung oder Ablehnung einer Bestellung neuer Mitglieder des Verwaltungs- oder des Aufsichtsorgans einbezogen werden können, ist nach Art. 35c Abs. 2 lit. ba als Mindestinhalt mit in die Vereinbarung aufzunehmen.

Des Weiteren ist in Art. 35a Abs. 2 lit. f SPE-VOE U eine Rechtsfolge für den Fall, dass innerhalb der drei Monatsfrist keine Mitglieder des BVG gewählt oder bestellt werden imple-

---

<sup>636</sup> Siehe auch *Lutter/Bayer/Schmidt*, § 43 Rn. 177.

<sup>637</sup> siehe zur SE *Jacobs*, in: *MüKo AktG*, § 11 SEBG Rn. 3.

<sup>638</sup> *Lutter/Bayer/Schmidt*, § 43 Rn. 177; *Jacobs*, in: *MüKo AktG*, § 11 SEBG Rn. 3; Bericht der Europäischen Kommission über die Anwendung der SE-VO, KOM (2010) 676 endgültig v. 17.11.2010, S. 8.

mentiert worden. In diesen Fällen greifen wiederum die Vorschriften über die Arbeitnehmermitbestimmung des Sitzmitgliedstaats der SPE, das heißt es bleibt bei der Grundregel des Art. 35 Abs. 1 SPE-VOE U.<sup>639</sup>

### **b) Optionen des Besonderen Verhandlungsgremiums**

Die Gestaltungsmöglichkeiten des Besonderen Verhandlungsgremiums („BVG“), das als Verhandlungspartner auf Seiten der Arbeitnehmer auftritt, entsprechen weitestgehend den bereits von ihren supranationalen Vorgängermodellen bekannten. Im Folgenden werden daher nur kurz die wesentlichen Optionen des BVG, die diesem im Rahmen einer SPE zukommen, dargestellt.

Kernaufgabe des BVG ist es, im Wege der Verhandlung mit der Geschäftsführung eine Vereinbarung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer zu erzielen.<sup>640</sup>

Des Weiteren hat das BVG die Möglichkeit, die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer in der Vereinbarung über die Arbeitnehmermitbestimmung gegenüber den in den betreffenden Mitgliedstaaten geltenden Vorschriften zu mindern (Art. 35b Abs. 3 lit. a SPE-VOE U), keine Verhandlungen aufzunehmen oder bereits aufgenommene Verhandlungen abubrechen (Art. 35b Abs. 3 lit. b SPE-VOE U). Allerdings bestehen zwei Unterschiede gegenüber der SE. Zum einen hinsichtlich der Mehrheitserfordernisse und zum anderen hinsichtlich der Rechtsfolge der Nichtaufnahme oder des Abbruchs von Verhandlungen.

Im Gegensatz zur SE ist bei der SPE sowohl zur Minderung der Mitbestimmungsrechte als auch zum Beschluss über die Nichtaufnahme oder den Abbruch von Verhandlungen eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen der Mitglieder des BVG, die mindestens zwei Drittel der Arbeitnehmer der SPE vertreten und gleichzeitig Arbeitnehmer in mindestens zwei Mitgliedstaaten vertreten, erforderlich (Art. 35b Abs. 3 SPE-VOE U). Bei der SE gelten diese Mehrheitserfordernisse jedoch nur für den Beschluss über die Nichtaufnahme oder den Abbruch von Verhandlungen (Art. 3 Abs. 6 SE-RL). Zur Minderung der Mitbestimmungsrechte gelten diese Mehrheitserfordernisse bei der SE hingegen nur, wenn eine SE durch Verschmelzung gegründet werden soll, sofern sich die Mitbestimmung auf mindestens 25 % der Gesamtzahl der Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften erstreckt, oder wenn eine SE als Holding- oder Tochtergesellschaft gegründet werden soll, sofern sich die Mitbestimmung

---

<sup>639</sup> Siehe hierzu auch *Lutter/Bayer/Schmidt*, § 43 Rn. 177.

<sup>640</sup> Vgl. Art. 35 b Abs. 1 SPE-VOE U.

auf mindestens 50 % der Gesamtzahl der Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften erstreckt (Art. 3 Abs. 4 SE-RL).

Der zweite Unterschied besteht hinsichtlich der Rechtsfolge der Nichtaufnahme oder des Abbruchs der Verhandlungen. Während in diesem Fall bei der SPE wiederum – soweit vorhanden – die Vorschriften des Sitzmitgliedstaates über die Arbeitnehmermitbestimmung zur Anwendung kommen (Art. 35b Abs. 3 lit. b SPE-VOE U), beendet ein solcher Beschluss bei der SE das Verfahren mit der Konsequenz, dass auch die Auffangregelung nicht eingreift (Art. 3 Abs. 6 SE-RL bzw. § 16 Abs. 2 SEBG). Dies erklärt auch die unterschiedliche Ausgestaltung im Zusammenhang mit einer Gründung durch Umwandlung, wenn den Arbeitnehmern der umzuwandelnden Gesellschaft Mitbestimmungsrechte zustehen. Zunächst ist jedoch festzuhalten, dass unter Mitbestimmung sowohl bei der SE als auch bei der SPE in diesem Fall Unternehmensmitbestimmung gemeint ist. Dies ergibt sich aus der jeweiligen Begriffsdefinition in Art. 2 lit. k SE-RL bzw. Art. 2 Abs. 1 lit. f SPE-VOE U.

Während bei der SE in dieser Situation kein wirksamer Beschluss über die Nichtaufnahme oder den Abbruch der Verhandlungen ergehen kann mit der Folge, dass die Auffangregelung eingreift, ist ein solcher Beschluss bei der SPE möglich, jedoch mit der Konsequenz, dass als Rechtsfolge wiederum die Vorschriften des Sitzmitgliedstaates über die Arbeitnehmermitbestimmung eingreifen. Allerdings sieht die SE-RL in Teil 3 des Anhangs für das Eingreifen der Auffangregelung im Fall einer durch Umwandlung gegründeten SE, wenn vor Eintragung Vorschriften eines Mitgliedstaats über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan Anwendung fanden, vor, dass alle Komponenten der Mitbestimmung der Arbeitnehmer weiterhin Anwendung finden.<sup>641</sup> Das heißt, hier findet sich die entsprechende Regelung für den Fall, dass in der SPE keine abweichende Regelung getroffen wird, wieder.

In beiden Rechtsformen wird daher ein Mindestmaß an Mitbestimmung gesichert. Bei der SPE besteht jedoch zusätzlich die Möglichkeit, auf die Vorschriften des Sitzstaates der aus der Umwandlung hervorgehenden Gesellschaft zurückzugreifen, indem ein Beschluss über die Nichtaufnahme oder den Abbruch von Verhandlungen getroffen wird. Das bedeutet, ein Import unliebsamer Mitbestimmungsregelungen kann im Gegensatz zur SE durch einen Beschluss über die Nichtaufnahme oder den Abbruch von Verhandlungen verhindert werden. Fraglich ist zudem, ob im Fall der SPE das Niveau der Mitbestimmung im Wege der Minderung weiter unterschritten werden kann, da die Verordnung im Gegensatz zur SE-RL keine Begriffsdefinition der Minderung enthält. Nach Art. 3 Abs. 4 SE-RL bedeutet Minderung der Mitbestimmungsrechte, dass der Anteil der Mitglieder der Organe der SE im Sinne des Art. 2

---

<sup>641</sup> Umgesetzt in § 35 SEBG; siehe hierzu *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, § 35 SEBG Rn. 1.

lit. k SE-RL geringer ist als der höchste in den beteiligten Gesellschaften geltende Anteil. In der SPE hingegen fehlt eine solche Definition.

Zudem besteht für die Parteien des Verhandlungsverfahrens bei der SPE die Möglichkeit, sofern die Voraussetzungen des Artikels 35 Abs. 1a erfüllt sind, die Geltung der Auffangregelung unmittelbar, das heißt ohne vorhergehende Verhandlung, zu vereinbaren. Diese Regelung entspricht der in der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen erstmals hinzugetretenen Regelung.<sup>642</sup>

## 2. Auffangregelung

Die Auffangregelung ist in Art. 35d SPE-VOE U geregelt und greift ein, wenn (1) die Parteien dies vereinbaren,<sup>643</sup> (2) wenn bis zum Ende des in Art. 35b Abs. 4 SPE-VOE U genannten Zeitraums (a) keine Vereinbarung zustande gekommen ist,<sup>644</sup> oder (b) das BVG keinen Beschluss nach Art. 35b Abs. 3 lit. b SPE-VOE U gefasst hat<sup>645</sup> oder (3) sofern die Voraussetzungen des Art. 35 Abs. 1 lit. a SPE-VOE U erfüllt sind, die SPE die unmittelbare Anwendung der Auffangregelung beschlossen hat<sup>646</sup>.

Die Zahl von Mitgliedern des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans der SPE, die die Arbeitnehmer der SPE bestimmen können, entspricht dem Anteil in dem betroffenen Mitgliedstaat mit dem höchsten Niveau der Arbeitnehmermitbestimmung (Art. 35d Abs. 2 SPE-VOE U).

Hinsichtlich der Form der Mitbestimmung kann, sofern das Recht der betroffenen Mitgliedstaaten mehr als eine Form der Mitbestimmung vorsieht, das BVG beschließen, welche Anwendung findet. Für den Fall, dass kein einschlägiger Beschluss gefasst werden sollte, können die Mitgliedstaaten Regelungen festlegen, die anzuwenden sind (Art. 35d Abs. 3a).

Gegenüber ihren supranationalen Vorgängerinnen enthält der aktuelle Vorschlag der Auffangregelung für die SPE zudem drei Neuerungen. So eröffnet Art. 35d Abs. 3 ungeachtet des Umstands, dass das höchste Mitbestimmungsniveau hinsichtlich der Anzahl zur Anwendung kommt, den Mitgliedstaaten die Option, den Anteil der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan der SPE auf ein Drittel zu beschränken. Hierbei handelt es sich auch gegenüber der Regelung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzun-

---

<sup>642</sup> Vgl. Art. 16 Abs. 4a RL 2005/56/EG.

<sup>643</sup> Art. 35d Abs. 1 lit. a SPE-VOE U.

<sup>644</sup> Art. 35d Abs. 1 lit. b i SPE-VOE U.

<sup>645</sup> Art. 35d Abs. 1 lit. b ii SPE-VOE U.

<sup>646</sup> Art. 35d Abs. 1 lit. c SPE-VOE U.



gen<sup>647</sup> um eine Neuerung, die den Mitgliedstaaten die Option einer Beschränkung der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsorgan auf ein Drittel eröffnete.<sup>648</sup>

Eine weitere Neuerung betrifft die Rechte und Pflichten der Mitglieder des Verwaltungs- oder des Aufsichtsorgans, die von dem BVG gewählt, bestellt oder empfohlen wurden. Diese sind nach Art. 35d Abs. 5 Mitglieder des jeweiligen Organs mit denselben Rechten (einschließlich des Stimmrechts) und Pflichten wie die nicht geschäftsführenden Mitglieder, die die Gesellschaft vertreten. Bislang wurde insoweit nicht zwischen geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Mitgliedern, die die Gesellschaft vertreten, unterschieden, sondern vielmehr allgemein auf die Mitglieder, die die Anteilseigner vertreten, abgestellt.<sup>649</sup>

Eine dritte Neuerung enthält Art. 35d Abs. 6 SPE-VOE U für den Fall, dass die Arbeitnehmer neue Mitglieder des Verwaltungs- oder des Aufsichtsorgans wählen oder bestellen oder deren Bestellung empfehlen oder ablehnen. In diesem Fall wird ein besonderes Verhandlungsgremium nach Art. 35a SPE-VOE U eingesetzt.<sup>650</sup>

### 3. Berechnung der Anzahl der Arbeitnehmer zur Erreichung des Schwellenwertes

Die Auslösung der Verhandlungslösung knüpft im Rahmen des SPE-Modells nach Art. 35 Abs. 1a SPE-VOE U, wie oben bereits ausgeführt, unter anderem an das Erreichen eines Schwellenwertes von 500 Arbeitnehmern an. In Art. 35 Abs. 1a SPE-VOE U kommt zum Ausdruck, dass nur die Arbeitnehmer der SPE selbst relevant sind. Fraglich ist jedoch, wie mit Arbeitnehmern etwaiger Tochter- oder Enkelgesellschaften der SPE zu verfahren ist.<sup>651</sup> Man denke insoweit nur an den Fall, dass die SPE als Holding eingesetzt wird.<sup>652</sup>

#### a) Das Problem der Konzernzurechnung

Eine praktisch häufige Konstellation ist, dass Unternehmen zwar rechtlich selbstständig, d.h. rechtsfähig, aber wirtschaftlich in einen Konzern<sup>653</sup> eingebunden sind.<sup>654</sup> Hinsichtlich der Mit-

---

<sup>647</sup> Art. 16 Abs. 4 lit. c RL 2005/56/EG.

<sup>648</sup> Siehe hierzu auch *Lutter/Bayer/Schmidt*, § 43 Rn. 179.

<sup>649</sup> Vgl. SE: RL 2001/86/EG, Anhang Teil 3 b. Auf diese Regelung wird in der grenzüberschreitenden Verschmelzungsrichtlinie RL 2005/56/EG, Art. 16 Abs. 3 verwiesen. Die SCE-RL 2003/72/EG enthält eine entsprechende Vorschrift im Anhang Teil 3 e.

<sup>650</sup> Siehe hierzu auch *Lutter/Bayer/Schmidt*, § 43 Rn. 180.

<sup>651</sup> Zur Diskussion über die Diskrepanz zwischen Art. 3 Abs. 4, Art. 7 Abs. 2 SE-RL und § 15 Abs. 3, § 34 Abs. 1 SEBG siehe nur *Hommelhoff/Krause/Teichmann*, GmbHR 2008, 1193, 1198.

<sup>652</sup> So bereits die Befürchtung von *Hommelhoff/Krause/Teichmann*, GmbHR 2008, 1193.

<sup>653</sup> Gemeint ist der Konzern iSd § 18 AktG.

bestimmung der Arbeitnehmer ist für jedes Unternehmen in dem Konzern einzeln zu prüfen, ob eine Mitbestimmungsregelung eingreift und wenn ja, welche Form der Mitbestimmung.<sup>655</sup> In diesen Konstellationen ist fraglich, welche Arbeitnehmer für die Berechnung etwaiger mitbestimmungsrelevanter Schwellenwerte in der Konzernspitze zu berücksichtigen sind. Denn gerade in der Konzernspitze werden meist grundlegende Entscheidungen getroffen, die sich auf den gesamten Konzern auswirken, so dass ein besonderes Interesse der Arbeitnehmer an der Mitbestimmung auf dieser Ebene besteht.<sup>656</sup>

#### **aa) Konzernzurechnung in Deutschland**

In Deutschland finden sich sowohl im Drittelbeteiligungsgesetz (Mitbestimmung ab 501 Arbeitnehmer) als auch im Mitbestimmungsgesetz (Mitbestimmung ab 2001 Arbeitnehmer) sog. Konzernzurechnungsregelungen.<sup>657</sup> Während die Zurechnungsregelung des DrittelbG nur abhängige Unternehmen erfasst, mit denen zwingend ein Beherrschungsvertrag besteht oder die in das herrschende Unternehmen eingegliedert sind, erfassen die Zurechnungsregelungen des MitbestG sämtliche abhängige Unternehmen.<sup>658</sup> Im Anwendungsbereich des MitbestG werden daher die Arbeitnehmer sämtlicher Konzernunternehmen mit Ausnahme der Arbeitnehmer im Ausland ansässiger Tochtergesellschaften<sup>659</sup> der inländischen Konzernspitze zugerechnet, so dass letztlich nicht die Anzahl der allein in der Konzernspitze beschäftigten Arbeitnehmer, sondern sämtliche Arbeitnehmer des Konzerns für die Berechnung des Schwellenwertes zu berücksichtigen sind.<sup>660</sup> Zentrale Voraussetzung ist jedoch, dass die Konzernspitze mitbestimmungsfähig ist. Mitbestimmungsfähig sind nur die im Gesetz benannten Rechtsformen,<sup>661</sup> die zudem in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen. Ausgeschlossen sind beispielsweise Unternehmen, die ihren Sitz im Ausland haben.<sup>662</sup> Das Mitbestimmungsgesetz, welches aufgrund seiner einzigartigen paritätischen Mitbestimmung im Aufsichtsrat ohnehin eine Sonderrolle einnimmt, enthält sogar die Möglichkeit, die Arbeitnehmer des Konzerns einer fingierten Teilkonzernspitze zuzurechnen, sofern die Konzernspitze ein nicht mitbestimmungsfähiges Unternehmen ist.<sup>663</sup>

---

<sup>654</sup> Vgl. auch *Koberski*, in: WWKK, MitbestG, § 5 Rn. 1 f.

<sup>655</sup> Vgl. *Koberski*, in: WWKK, MitbestG, § 5 Rn. 65; *Kittner*, AuR 1976, 6, 10 ff.; *Nikoleyczik/Führ*, DStR 2010, 1743, 1745.

<sup>656</sup> Siehe auch *Ulmer/Habersack*, in: UHH, MitbestG, § 5 Rn. 1 f.

<sup>657</sup> § 2 Abs. 2 DrittelbG; § 5 Abs. 1 MitbestG.

<sup>658</sup> Vgl. § 2 Abs. 2 DrittelbG; § 5 MitbestG.

<sup>659</sup> So die hM, vgl. *Koberski*, in: WWKK, MitbestG, § 5 Rn. 18.

<sup>660</sup> Siehe hierzu *Koberski*, in: WWKK, Vorbem. zu § 5 MitbestG Rn. 1.

<sup>661</sup> § 1 Abs. 1 DrittelbG; § 1 Abs. 1 MitbestG.

<sup>662</sup> *Koberski*, in: WWKK, MitbestG, § 5 Rn. 41.

<sup>663</sup> § 5 Abs. 3 MitbestG.

## bb) Konzernzurechnung in der SE

Probleme bereitet die Anwendung der Konzernzurechnungsregelungen auf europäische Gesellschaftsformen. Sie wurde in der Literatur bereits bei der SE diskutiert und ist bis heute umstritten. Im Ergebnis wird die Anwendbarkeit der Zurechnungsregelung des § 5 Abs. 1 MitbestG, welche die Zurechnung auf die Konzernspitze ermöglicht, nahezu einhellig abgelehnt.<sup>664</sup>

Die Anwendbarkeit des § 5 Abs. 1 MitbestG wird mit dem Argument abgelehnt, dass die SE nicht zu den nach dem MitbestG mitbestimmungsfähigen Rechtsformen gehört und daher auch keine Zurechnung erfolgen kann.<sup>665</sup> Ferner stünde eine Zurechnung der Arbeitnehmer zur Konzernspitze über § 5 Abs. 1 MitbestG in Widerspruch zu § 47 Abs. 1 Nr. 1 SEBG,<sup>666</sup> welcher die Mitbestimmung in Unternehmensorganen ausdrücklich dem Regelungsbereich des SEBG zuordnet.<sup>667</sup>

Schwieriger ist die Frage, wie mit der Zurechnungsregelung auf eine fingierte Teilkonzernspitze nach § 5 Abs. 3 MitbestG in einem SE geführten Konzern umzugehen ist.

Nach § 5 Abs. 3 MitbestG können Arbeitnehmer einer fingierten Teilkonzernspitze zugerechnet werden, wenn es sich bei der Konzernspitze nicht um eines der in § 5 Abs. 1 iVm § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG oder § 5 Abs. 2 MitbestG bezeichneten Unternehmen handelt oder ein dort bezeichnetes Unternehmen seinen Sitz im Ausland hat.<sup>668</sup> Fingierte Teilkonzernspitze wird dann das Unternehmen, welches in § 5 Abs. 1 iVm § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG oder § 5 Abs. 2 MitbestG bezeichnet ist, seinen Sitz im Inland hat und der Konzernspitze am nächsten steht.

Die SE findet in keiner der genannten Vorschriften Erwähnung, so dass der Anwendungsbereich des § 5 Abs. 3 MitbestG grundsätzlich eröffnet ist und eine Zurechnung der Arbeitnehmer zumindest auf das der SE am Nächsten stehende Unternehmen als fingierte Teilkonzernspitze erfolgen müsste.

---

<sup>664</sup> *Nikoleyczik/Führ*, DStR 2010, 1743, 1745 f.;

<sup>665</sup> *Jacobs*, in: MüKo AktG, SEBG, § 2 Rn. 13; *Nikoleyczik/Führ*, DStR 2010, 1743, 1745 f.; *Habersack*, Der Konzern 2006, 105.

<sup>666</sup> Vgl. *Nikoleyczik/Führ*, DStR 2010, 1743, 1745 f.; vgl. zu § 47 Abs. 1 SEBG als *lex specialis* im Hinblick auf die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, SE-Kommentar, § 47 Rn. 5 f.

<sup>667</sup> So auch *Kepper* (2010), S. 231.

<sup>668</sup> *Koberski*, in: WWKK, MitbestG, § 5 Rn. 52.

Dieses Ergebnis wird von Teilen der Literatur als nicht sachgerecht empfunden.<sup>669</sup> Sie argumentieren, Zweck des § 5 Abs. 3 MitbestG sei es, den Arbeitnehmern, denen aufgrund einer nicht mitbestimmungsfähigen Konzernspitze keine Mitbestimmung zukommt, ein Mindestmaß an Mitbestimmung im Konzern zu sichern.<sup>670</sup> Die SE unterliege aber der Mitbestimmung, so dass eine Mitbestimmungslücke, die über § 5 Abs. 3 MitbestG geschlossen werden müsste, in Zweifel gezogen wird.<sup>671</sup> *Habersack*<sup>672</sup> befürwortet daher eine teleologische Reduktion des § 5 Abs. 3 MitbestG. *Müller-Bonanni/Melot de Beauregard*<sup>673</sup> lehnen diese hingegen mit Verweis auf Art. 13 Abs. 3 lit. b der SE-RL ab. Darin heißt es, „die nach einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten geltenden Bestimmungen über die Mitbestimmung in den Gesellschaftsorganen, die auf die Tochtergesellschaften der SE Anwendung finden“, werden von der Richtlinie nicht berührt. *Habersack* wendet dagegen ein, dies gelte nur für die bereits unabhängig von der Gründung der SE bestehenden Mitbestimmungsrechte.<sup>674</sup> Er stützt die von ihm befürwortete teleologische Reduktion der Vorschrift zudem mit dem Verweis auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 10 SE-VO. Eine Anwendung der Teilkonzernregelung diskriminiere die SE gegenüber der AG.<sup>675</sup>

Die Gegenansicht sieht die SE hingegen nicht als gleichwertig mitbestimmte Rechtsform an. Sie leite die Mitbestimmung zum einen nur von den an ihrer Gründung beteiligten Gesellschaften ab, zum anderen werde die Mitbestimmung nicht in gleicher Weise gewährleistet wie bei national mitbestimmten Unternehmen.<sup>676</sup> Ferner sei eine SE-Konzernspitze auch nicht mit einer montan-mitbestimmten Konzernspitze<sup>677</sup> vergleichbar, für die eine Ausnahme von § 5 Abs. 3 MitbestG gelte, da in diesen Unternehmen eine Beteiligung der Arbeitnehmer in dem herrschenden Unternehmen sichergestellt sei über § 6 MitbestErgG bzw. § 1 Abs. 4 Montan-MitbestG.<sup>678</sup>

Im Ergebnis ist die Anwendbarkeit des § 5 Abs. 3 MitbestG auf einen SE geführten Konzern daher mit der wohl hM<sup>679</sup> zu bejahen. Der eindeutige Wortlaut der Vorschrift und die nicht

---

<sup>669</sup> *Müller-Bonanni/Melot de Beauregard*, GmbHR 2005, 196, 198; *Habersack*, Der Konzern, 2006, 105, 110 ff.; *Kepper* (2010), S. 417.

<sup>670</sup> *Müller-Bonanni/Melot de Beauregard*, GmbHR 2005, 196, 198; *Habersack*, Der Konzern, 2006, 105, 111.

<sup>671</sup> *Müller-Bonanni/Melot de Beauregard*, GmbHR 2005, 196, 198; *Habersack*, Der Konzern, 2006, 105, 111.

<sup>672</sup> *Habersack*, Der Konzern, 2006, 105, 111.

<sup>673</sup> *Müller-Bonanni/Melot de Beauregard*, GmbHR 2005, 196, 198.

<sup>674</sup> *Habersack*, Der Konzern, 2006, 105, 111.

<sup>675</sup> *Habersack*, Der Konzern, 2006, 105, 112.

<sup>676</sup> *Koberski*, in: WWKK, MitbestG, § 5 Rn. 52 mit Verweis auf *Henssler*, in: UHH, Einl. SEBG Rn. 221 ff sowie auf *Nagel*, in: NFK, § 2 SEBG Rn. 26 f.

<sup>677</sup> Auf diese findet das MitbestG keine Anwendung gem. § 1 Abs. 2 Nr. 1 bzw. Nr. 2 MitbestG.

<sup>678</sup> *Koberski*, in: WWKK, MitbestG, § 5 Rn. 52 u. 56; *Wißmann*, in: MÜHdb ArbR, § 279 Rn. 17; *Ulmer/Habersack*, in: UHH, MitbestG, § 5 Rn. 74.

<sup>679</sup> *Wißmann*, in: MÜHdb ArbR, § 279 Rn. 17; *Henssler*, in: UHH, SEBG Einl. Rn. 61; *Koberski*, in: WWKK, MitbestG, § 5 Rn. 52; *Müller-Bonanni/Melot de Beauregard*, GmbHR 2005, 196, 198.

überzeugenden Erwägungen hinsichtlich einer teleologischen Reduktion der Vorschrift lassen nach hier vertretener Ansicht kein anderes Ergebnis zu. Anderenfalls müsste man streng genommen die Argumentation auch für andere ausländische Gesellschaftsformen durchgreifen lassen. Schließlich könnten diese unter Umständen ebenso einwenden, sie unterlägen lediglich einer anderen Form der Mitbestimmung als der deutschen. Zudem soll die Einbeziehung der Arbeitnehmer des gesamten Konzerns in die Konzernleitung sichergestellt werden. Dieses Erfordernis erfüllt die SE, gleich wie man ihre Form der Mitbestimmung bewertet, nicht. Im Einzelnen bestehen diesbezüglich verschiedene Streitpunkte bei der SE. So besteht beispielsweise Streit über die in die Berechnung der Arbeitnehmer im Rahmen der Minderung von Mitbestimmungsrechten. Während die SE-RL insofern nur die Arbeitnehmer der an der Gründung beteiligten Gesellschaften einbezieht<sup>680</sup>, werden nach der deutschen Umsetzung im SEBG zumindest auch die Arbeitnehmer der an der Gründung beteiligten Tochtergesellschaften miteinbezogen<sup>681</sup>, wobei diese Umsetzung teils als europarechtswidrig angesehen wird<sup>682</sup>. Auf einzelne Streitfragen wird an dieser Stelle jedoch nicht näher eingegangen, da zumindest feststeht, dass eine alle Arbeitnehmer des Konzerns einbeziehende Konzernzurechnungsregelung nicht besteht<sup>683</sup>. Die Anwendbarkeit des § 5 Abs. 3 MitbestG führt daher zumindest aus Sicht der in Deutschland tätigen Arbeitnehmer zu einem sachgerechten Ergebnis in einem SE geführten Konzern.

### **cc) Übertragbarkeit der Diskussion auf die SPE**

Die bei der SE geführte Diskussion hinsichtlich der Anwendbarkeit der Konzernzurechnungsregelungen des deutschen MitbestG lässt sich nicht ohne weiteres auf die SPE übertragen. Bei der SPE handelt es sich im Gegensatz zu der SE um eine Rechtsform, für die zwar von Beginn an ein bestimmtes Mitbestimmungsmodell vorgeschrieben ist, welches jedoch in Stufen ausgestaltet ist. Im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Konzernzurechnungsregelungen des deutschen MitbestG ist daher zwischen den einzelnen Stufen der Mitbestimmung zu differenzieren.

Auf der ersten Stufe richtet sich die Mitbestimmung der Arbeitnehmer gem. Art. 35 Abs. 1 SPE-VOE U nach den Regeln für die Arbeitnehmermitbestimmung, die gegebenenfalls in ihrem Sitzmitgliedstaat gelten. Für eine SPE mit Sitz in Deutschland wären demnach auf der ersten Stufe die deutschen Regelungen der Arbeitnehmermitbestimmung anwendbar. In

---

<sup>680</sup> Krause, BB 2005, 1221, 1227 mit Verweis auf Art. 3 Abs. 4 SE-RL.

<sup>681</sup> Krause, BB 2005, 1221, 1227 mit Verweis auf § 15 Abs. 3 Satz 2 SEBG.

<sup>682</sup> Grobys, NZA 2005, 84, 89.

<sup>683</sup> Rieble, BB 2006, 2018, 2021; Habersack, Der Konzern 2006, 105, 108.

Deutschland richtet sich die Anwendbarkeit der Regelungen über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene grundsätzlich nach zwei Faktoren: (1) der Rechtsform des Unternehmens und (2) der Zahl der Arbeitnehmer.<sup>684</sup>

Hinsichtlich der Rechtsform ist die SPE nach Art. 35 Abs. 1 SPE-VOE U iVm Art. 4 Abs. 2 lit. b SPE-VOE U iVm Anhang II SPE-VOE U in Deutschland der „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ (kurz „GmbH“) gleichzustellen. Eine GmbH unterliegt in Deutschland der Mitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz ab 501 Arbeitnehmer und nach dem Mitbestimmungsgesetz ab 2.001 Arbeitnehmer.<sup>685</sup> Hinsichtlich der Berechnung der Schwellenwerte können die oben bereits vorgestellten Konzernzurechnungsregelungen des § 2 Abs. 2 DrittelbG sowie des § 5 Abs. 1 MitbestG herangezogen werden, so dass alle Arbeitnehmer eines Konzerns der Konzernspitze zugerechnet werden müssten. Da die Verordnung die Anwendung der nationalen Mitbestimmungsregeln für die SPE vorschreibt, müsste gleiches für die SPE gelten, sofern sie als herrschendes Unternehmen an der Spitze eines Konzerns stünde. Dies käme für den Fall, dass die SPE als Holding eingesetzt würde in Betracht. Streng genommen natürlich auch für den Fall, dass ein über der SPE stehendes Unternehmen nicht der Mitbestimmung unterläge und die SPE nach § 5 Abs. 3 MitbestG als fingierte Teilkonzernspitze fungieren würde.

In einer SPE mit Sitz in Deutschland greift daher die Mitbestimmung nach dem DrittelbG oder dem MitbestG ein, sofern die SPE in Deutschland 501 bzw. 2.001 Arbeitnehmer, ggf. unter Zuhilfenahme der soeben ausgeführten Konzernzurechnungsregeln, beschäftigt. An dieser Stelle sollte, wie oben bereits ausgeführt,<sup>686</sup> berücksichtigt werden, dass Arbeitnehmer, die im Ausland tätig sind, auch im Rahmen der Konzernzurechnungsregelungen keine Berücksichtigung finden.

Fraglich ist, ob sich durch das Auslösen der Verhandlungslösung auf der zweiten Stufe etwas an der Konzernzurechnung bei der SPE ändert. Zunächst ist festzuhalten, dass es sich aufgrund der Höhe des deutschen Mitbestimmungsniveaus um eine eher theoretische Fragestellung handeln dürfte, zumindest wenn die Höhe des Mitbestimmungsniveaus nach Art. 35 Abs. 1a SPE-VOE U ebenso wie in der Auffangregelung (Art. 35d Abs. 2 und 3 SPE-VOE U) anhand der Sitze im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan zu bemessen ist.

Eine Anwendung des § 5 Abs. 1 MitbestG, wie für die erste Stufe bejaht, dürfte ausgeschlossen sein. Die SPE ist im MitbestG weder benannt noch finden die deutschen Regelungen

---

<sup>684</sup> Vgl. *Koberski*, in: WWKK, MitbestG, § 1 Rn. 1; *Habersack*, in: UHH, DrittelbG, § 1 Rn. 1.

<sup>685</sup> § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG bzw. § 1 Abs. 1 MitbestG.

<sup>686</sup> Siehe Teil 1, § 5 A. II. 3. a) aa) (S. 112).

hinsichtlich der GmbH entsprechende Anwendung, wie für die erste Stufe bejaht, da nunmehr die Verhandlungslösung der zweiten Stufe zum Tragen kommt.

In dieser Konstellation könnte man erwägen, ebenso wie bei der SE § 5 Abs. 3 MitbestG anzuwenden. Dafür spräche, dass auf der zweiten Stufe der SPE ebenso wie bei der SE § 5 Abs. 1 MitbestG keine Anwendung findet. Des Weiteren greift auch hier eine mit der SE vergleichbare Verhandlungslösung ein. Dagegen könnte sprechen, dass es sich bei der SPE im Gegensatz zur SE um eine originär mitbestimmte Rechtsform handelt.<sup>687</sup> Allerdings verbleibt es dennoch bei einer mit der SE vergleichbaren Interessenlage, da auch im Rahmen der SPE auf der zweiten Stufe keine Einbeziehung der Arbeitnehmer des gesamten Konzerns in die Konzernleitung sichergestellt werden kann. Daher wird die Anwendbarkeit des § 5 Abs. 3 MitbestG auf der zweiten Stufe auch nicht gesperrt, obwohl die SPE auf der ersten Stufe der vollen Konzernzurechnung des § 5 Abs. 1 MitbestG unterliegt.

## **b) Ergebnis**

In einer deutschen SPE erfolgt daher auf der ersten Stufe, das heißt im Fall der Anwendung des nationalen Mitbestimmungsrechts, eine Konzernzurechnung nach § 5 Abs. 1 MitbestG. Auf der zweiten Stufe, das heißt im Fall des Eingreifens von Verhandlungslösung mit subsidiärer Auffangregelung, greift in einem SPE geführten Konzern die Regelung des § 5 Abs. 3 MitbestG, der durch eine fingierte Teilkonzernspitze unterhalb der SPE wie von der SE bekannt ein Mindestmaß an Mitbestimmung im Konzern sichert.

## **B. Einordnung und Bewertung im supranationalen Kontext**

Das aktuell vorliegende SPE-Modell basiert auf dem Arbeitnehmermitbestimmungsmodell der 10. RL, enthält gegenüber diesem jedoch ein noch größeres Maß an Flexibilität und Dynamik.<sup>688</sup>

Ausgangspunkt des Modells ist eine Grundregel dahingehend, dass grundsätzlich an die nationalen Mitbestimmungsregelungen angeknüpft wird. Diese Regelungstechnik wurde in dieser Form erstmals in der 10. RL verwendet,<sup>689</sup> während das SCE-Modell die umgekehrte Regelungstechnik verwendet. Bei der SCE findet grundsätzlich die Verhandlungslösung An-

---

<sup>687</sup> Art. 35 Abs. 1 SPE-VOE U.

<sup>688</sup> Eine ähnliche Einschätzung zumindest hinsichtlich der Auffanglösung bei *Lutter/Bayer/Schmidt*, § 43 Rn. 179.

<sup>689</sup> Siehe oben Teil 1, § 3 A. IV. (S. 76).

wendung, es sei denn die SCE wurde ausschließlich von natürlichen Personen oder von nur einer einzigen juristischen Person sowie natürlichen Personen gegründet und beschäftigt insgesamt weniger als 50 Arbeitnehmer oder beschäftigt 50 oder mehr Arbeitnehmer in nur einem Mitgliedstaat, dann finden ausnahmsweise die nationalen Arbeitnehmermitbestimmungsregeln Anwendung.<sup>690</sup>

Die Grundregel besticht zunächst durch ihre Schlichtheit.<sup>691</sup> Es ist klar, wann die Regelungen Anwendung finden – bereits ab 0 Arbeitnehmern. Des Weiteren ist klar, welche Regelungen Anwendung finden – die Mitbestimmungsregelungen des jeweiligen Sitzmitgliedstaates der SPE. Auf die Implementierung einer Kopplungsvorschrift vergleichbar mit Art. 12 Abs. 2 SE-VO bzw. Art. 11 Abs. 2 SCE-VO, welche die Eintragung der Gesellschaft von einer Vereinbarung über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer abhängig macht,<sup>692</sup> konnte daher verzichtet werden. Dies ist konsequent, da bereits von Beginn an automatisch eine Regelung hinsichtlich der Mitbestimmung greift bzw. automatisch nicht greift, für den Fall, dass in dem Sitzmitgliedstaat keine Mitbestimmungsregelungen bestehen bzw. diese aufgrund einer zu geringen Arbeitnehmerzahl nicht greifen. Des Weiteren entstehen durch die einfache Ausgestaltung der Grundregel keine Problemstellungen vergleichbar denjenigen bei der arbeitnehmerlosen SE<sup>693</sup> für den Fall, dass eine SPE bei Gründung keine Arbeitnehmer beschäftigt. Dieses Ergebnis ist auch nicht unbillig, da die Mitbestimmungslösung einer SPE im Gegensatz zu derjenigen der SE nicht „eingefroren“ bzw. „zementiert“ wird. Das SPE-Modell sieht vielmehr in Art. 35 Abs. 1b eine Dynamik dahingehend vor, dass das Geschäftsführungsorgan mindestens alle drei Jahre eine Überprüfung vorzunehmen hat, ob die Voraussetzungen von Art. 35 Abs. 1a erfüllt sind. Darüber hinaus dürfte, solange die Voraussetzungen des Art. 35 Abs. 1a nicht vorliegen, eine weitere Dynamik durch die nationalen Mitbestimmungsregelungen eingreifen, sofern in diesen eine solche vorgesehen ist. In Deutschland wäre demnach ein Hineinwachsen in die Mitbestimmung nach dem DrittelbG oder dem MitbestG bei Überschreiten der 500 bzw. 2.000 Arbeitnehmer auch für eine SPE möglich.

Die Grundregel erkennt jedoch, dass es sich bei der SPE um eine originär europäische Rechtsform handelt. Während für die SE eine originär europäische Mitbestimmungslösung vorgesehen ist und für die SCE zumindest im Grundsatz ebenfalls und lediglich als Ausnahme auf die nationalen Regelungen zurückgegriffen wird, stellt die SPE dem Modell der 10. RL folgend die Anwendung der nationalen Regelungen in den Vordergrund.<sup>694</sup> Im Fall einer

---

<sup>690</sup> Siehe oben Teil 1, § 3 A. III. (S. 68).

<sup>691</sup> So bereits zu Art. 34 des Kommissionsentwurf: *Lutter/Bayer/Schmidt*, § 43 Rn. 173; *J. Schmidt*, EWS 2008, 455, 462.

<sup>692</sup> Siehe oben Teil 1, § 3 A. II. 6. (S. 60), Teil 1, § 3 A. III. 6. (S. 72).

<sup>693</sup> Siehe oben Teil 1, § 3 A. II. 8. (S. 65).

<sup>694</sup> Zur Kritik an der Übertragung des Modells der 10. RL auf supranationales Gesellschaftsformen siehe bereits Teil 1, § 3 A. IV. 6 c) (S. 82).



grenzüberschreitenden Verschmelzung entsteht jedoch als daraus hervorgehende Gesellschaft im Gegensatz zur SPE eine Gesellschaft nationalen Rechts.<sup>695</sup> Daher ist es im Rahmen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung konsequent, in der Grundregel auf die nationalen Mitbestimmungsregeln zurückzugreifen. Schafft man hingegen eine originär europäische Rechtsform, sollen gerade - unter anderem aus Gründen administrativer Vereinfachung - europäische Standards gesetzt werden. Bürdet man der SPE jedoch von Anfang an die Anwendung der nationalen Mitbestimmungsregeln auf, so entsteht letztlich eine europäische Gesellschaftsform in derzeit 27 möglichen Erscheinungsformen.<sup>696</sup>

Neben den rein administrativen und rechtlichen Schwierigkeiten, die diese Vielfalt mitbringt, wird durch die Vielfalt der Möglichkeiten zugleich die Gefahr des sog. „*forum shoppings*“<sup>697</sup> hervorgerufen.<sup>698</sup> Man gibt mithin die Ware „Recht“ dem Anwender preis.<sup>699</sup> Er selbst kann entscheiden, in welchem Sitzmitgliedstaat die für ihn komfortabelsten Bedingungen herrschen, um dort den Sitz seiner Gesellschaft zu wählen. Im Fall einer SPE ist dies sogar unter dem Schein europäischer Seriosität möglich. So kann sich der Anwender beispielsweise für einen besonders mitbestimmungsaversen Mitgliedstaat wie Großbritannien entscheiden, um auf diese Weise im ersten Ansatz die Mitbestimmung in der Gesellschaft zu umgehen. Ferner potenziert sich diese Gefahr durch die Entkopplung von Register- und Verwaltungssitz der SPE. Während in der SE und der SCE noch eine zwingende Kopplung von Register- und Verwaltungssitz vorgesehen ist,<sup>700</sup> hat sich der Verordnungsgeber im Fall der SPE auch in diesem Punkt für mehr Flexibilität entschieden. Das bedeutet, der Anwender kann unter Nutzung der SPE als Deckmantel für Mitbestimmungsumgehungen die Mitbestimmung in besonders mitbestimmungsaffinen Mitgliedstaaten aushebeln, indem er den Registersitz in einem besonders mitbestimmungsaversen Mitgliedstaat wählt und den Verwaltungssitz in einem besonders mitbestimmungsaffinen Mitgliedstaat.

Schutz vor einem derartigen Auseinanderfallen von Mitbestimmungsanforderungen im Sitzstaat und am tatsächlichen Beschäftigungsort der Arbeitnehmer soll die im zweiten Schritt greifende Verhandlungslösung bieten. Der Auslösungsmechanismus<sup>701</sup> beinhaltet jedoch zwei Problempunkte: (1) den Schwellenwert und (2) das Niveau der Arbeitnehmermitbestimmung.

---

<sup>695</sup> Heuschmid, in: Vitols/Heuschmid (2012), S. 115, 122.

<sup>696</sup> Siehe zu genau dieser Problematik bei der SE: Bericht über die Anwendung der SE-VO v. 17.11.2010, KOM (2010) 676 endgültig, S. 11.

<sup>697</sup> Im angloamerikanischen Rechtsraum gern auch als „Delaware-Effekt“ bezeichnet; im deutschen Sprachgebrauch, insbes. in Bezug auf mitbestimmungsvermeidende Konstruktionen wird zudem gern der Begriff „Air Berlin-Effekt“ verwendet.

<sup>698</sup> Zu dieser bereits mehrfach geäußerten Befürchtung siehe nur Koberski/Heuschmid, RdA 2010, 207, 210 f.

<sup>699</sup> Eidenmüller, JZ 2009, 641.

<sup>700</sup> Siehe oben Teil 1, § 3 A. II. 6. (S. 65), Teil 1, § 3 A. III. 6. (S. 72).

<sup>701</sup> Art. 35 Abs. 1a SPE-VOE U.

Der Schwellenwert, ab dem ein Arbeitnehmermitbestimmungsmodell ausgelöst wird, ist seit langem ein beliebter politischer Streitfaktor,<sup>702</sup> da in den einzelnen Mitgliedstaaten die Ansichten diesbezüglich stark divergieren. Dem thematisch vorgebildeten Leser drängt sich sogleich der Verdacht auf, dass der favorisierte Schwellenwert von 500 Arbeitnehmern auf deutsche Bestrebungen zurückzuführen sein dürfte.<sup>703</sup> Insbesondere aus skandinavischer Sicht bestehen hinsichtlich des derzeit favorisierten Schwellenwertes jedoch Bedenken.<sup>704</sup> Die skandinavischen Mitgliedstaaten kennen deutlich geringere Schwellenwerte als die deutsche 500-Arbeitnehmer-Grenze. So greift in Dänemark eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene ab 35 und in Schweden sogar ab 25 Arbeitnehmern ein.<sup>705</sup>

Darüber hinaus ist die Berechnung des Schwellenwertes problematisch. So ist in dem aktuellen SPE-Modell keine Zurechnung der Arbeitnehmer innerhalb des Konzerns vorgesehen. Teilweise wird man insoweit, wie oben aus deutscher Sicht ausgeführt<sup>706</sup>, auf die nationalen Konzernzurechnungsregelungen zurückgreifen können. Allerdings werden solche Regelungen bei weitem nicht in allen Mitgliedstaaten bestehen.<sup>707</sup> Wünschenswert wäre daher eine europäische Lösung, indem eine eigene Konzernzurechnungsregelung unmittelbar in das SPE-Modell aufgenommen wird. Dies dürfte allerdings erneut für politischen Sprengstoff in der Mitbestimmungsdiskussion sorgen, so dass eine Umsetzung dieses Vorschlags eher theoretischer Natur sein dürfte.

Des Weiteren wird ein höheres Niveau der Arbeitnehmermitbestimmung an dem Beschäftigungsort vorausgesetzt, um die Verhandlungslösung auszulösen.<sup>708</sup> Nicht näher definiert wird jedoch, woran das Niveau der jeweiligen nationalen Arbeitnehmermitbestimmung gemessen werden soll. In Betracht kämen (1) der Schwellenwert, ab dem die Arbeitnehmermitbestimmung ausgelöst wird, (2) der Anteil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan, (3) die Rechte der Arbeitnehmervertreter oder (4) die Zusammenrechnung aller Kriterien und die Durchführung eines Gesamtvergleichs. Sieht man die Regelung jedoch im Zusammenhang mit Art. 35d Abs. 2 und 3 SPE-VOE U, so dürfte der Anteil der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan gemeint sein. In Art. 35d Abs. 2 SPE-VOE U wird die Zahl der Mitglieder im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan nach dem Anteil des betroffenen Mitgliedstaates mit dem höchsten Niveau der Arbeitnehmermitbestimmung bemessen. In Art. 35d Abs. 3 SPE-VOE U wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet, diesen Anteil im Geltungsbereich der Auffangregelung auf ein Drittel zu beschränken.

---

<sup>702</sup> Siehe bereits *Krieger*, in: FS Rittner (1991), S. 303.

<sup>703</sup> Siehe § 1 DrittelbG.

<sup>704</sup> *Teichmann*, in: FTD vom 31.5.2011 Einwände aus Schweden.

<sup>705</sup> Übersicht von *Kluge/Stollt* (2004) siehe Fn. 593.

<sup>706</sup> Siehe Teil 1, § 5 A. II. 3. a) aa) (S. 112).

<sup>707</sup> *Krause*, BB 2005, 1221, 1227 zur Konzernzurechnung als deutsche Besonderheit.

<sup>708</sup> Art. 35 Abs. 1a SPE-VOE U.

Die Verhandlungslösung ist bereits von den supranationalen Vorgängerinnen, insbesondere der supranationalen Vorreiterin, der SE, bekannt. Sie geht im Ursprung auf den im Rahmen der Europäischen Betriebsräte-Richtlinie<sup>709</sup> erzielten Kompromiss zurück und kann mittlerweile durchaus als die „europäische Lösung“ bezeichnet werden,<sup>710</sup> da sie sich im Rahmen der europäischen Vorhaben als Konstante etabliert hat. Die neu hinzugetretene Implementierung einer einheitlichen europäischen Frist von drei Monaten zur Wahl oder Bestellung der Mitglieder des BVG ist begrüßenswert. Sie verhindert eine mögliche Verzögerungstaktik der Arbeitnehmerseite von Anfang an, ohne durch unterschiedliche nationale Regelungen zusätzliche administrative Schwierigkeiten hervorzurufen. Diese neue Regelung setzt daher die Lehre, die man in diesem Punkt aus den Erfahrungen mit den supranationalen Vorgängerinnen der SPE, insbesondere der SE,<sup>711</sup> gezogen hat, konsequent um. Ebenfalls konsequent ist in diesem Zusammenhang die Möglichkeit des Verzichts von Arbeitnehmern einzelner Mitgliedstaaten auf die Beteiligung an der Einsetzung des BVG bzw. deren Nichtberücksichtigung, wenn sie innerhalb der Dreimonatsfrist kein Mitglied bzw. keine Mitglieder gewählt oder bestellt haben. Durch diese Regelung wird verhindert, dass Arbeitnehmer einzelner Mitgliedstaaten eine Beteiligung der Arbeitnehmer insgesamt verhindern können, obwohl die anderen verhandlungswillig sind. Hier wird die Arbeitnehmerschaft insgesamt vor einzelnen Querulanten in den eigenen Reihen geschützt.

Als gelungen, insbesondere gegenüber der SE, ist zudem die Dynamik des Mitbestimmungsmodells der SPE hervorzuheben. Das Geschäftsführungsorgan der SPE nimmt nach Artikel 35 Abs. 1b mindestens alle drei Jahre eine Überprüfung vor, ob die Voraussetzungen des Art. 35 Abs. 1a lit. a erfüllt sind. Wie oben bereits ausgeführt, wird durch diese Regelung sowohl das Hineinwachsen in die Verhandlungslösung als auch das Herausfallen aus der Verhandlungslösung ermöglicht.<sup>712</sup> Auf diese Weise werden zumindest mitbestimmungsvermeidende Konstruktionen in Form des Einfrierens eines niedrigen Mitbestimmungsniveaus, wie sie in der SE gerne praktiziert werden,<sup>713</sup> verhindert. Ob jedoch auch das Herausfallen aus einer einmal begründeten Verhandlungslösung, wie hier vertreten,<sup>714</sup> tatsächlich gewünscht ist, sollte erneut überdacht werden. Schließlich würde dies zu erheblichen Schwierigkeiten in der Praxis führen. Man denke nur an ein eingespieltes und funktionierendes Mitbestimmungssystem, das nur aufgrund einer geringfügigen Änderung im Mitarbeiterbestand auf das nationale Mitbestimmungssystem, sofern ein solches überhaupt besteht, umgestellt werden müsste.

---

<sup>709</sup> Siehe oben Teil 1, § 3 A. II. 1. (S. 53).

<sup>710</sup> Siehe oben Teil 1, § 3 C. (S. 94).

<sup>711</sup> Siehe oben Teil 1, § 3 A. II. 8. (S. 65), Teil 1, § 4 B. (S. 100).

<sup>712</sup> Siehe oben Teil 1, § 5 A. II. (S. 104).

<sup>713</sup> Siehe hierzu Teil 2, § 1 A. IV. 1. d) (S. 159).

<sup>714</sup> Siehe oben Teil 1, § 5 A. II. (S. 104).

Des Weiteren haben die Mitgliedstaaten im Rahmen der Auffangregelung die Möglichkeit hinzugewonnen, nicht nur die Zahl der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat, sondern auch im Aufsichtsorgan einer SPE auf ein Drittel zu beschränken. Dies korrespondiert mit der neu hinzugetretenen Klarstellung, dass alle von dem besonderen Verhandlungsgremium gewählten, bestellten oder empfohlenen Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans der SPE Mitglieder des jeweiligen Organs mit denselben Rechten (einschließlich des Stimmrechts) und Pflichten wie die nicht geschäftsführenden Mitglieder, die die Gesellschafter vertreten, sind. Zum einen wurde dadurch die Problematik der Sitzberücksichtigung im Verwaltungsrat gelöst, indem eine Klarstellung dahingehend erfolgte, dass die Arbeitnehmervertreter den nicht geschäftsführenden Mitgliedern gleichgestellt werden. Da in einem Verwaltungsrat sowohl Leitungs- als auch Aufsichtsfunktionen wahrgenommen werden, wurde bei den supranationalen Vorgängermodellen diskutiert, wie man diesen Interessenkonflikt löst.<sup>715</sup> Bereits seit längerem ist man sich einig, dass eine Beteiligung an Leitungsfunktionen nicht interessengerecht wäre.<sup>716</sup> Die Klarstellung im Rahmen der SPE setzt daher die im Wesentlichen konsentierten Meinung,<sup>717</sup> die sich in der Diskussion um die vorangegangenen Vorhaben herausgebildet hat, um. Ermöglicht man daher im Verwaltungsrat die Beschränkung der Arbeitnehmervertreter auf ein Drittel, so muss man dies auch für eine Beteiligung in einem Aufsichtsorgan ermöglichen. Dies ist nur konsequent, wenn man zuvor die Repräsentanz der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat auf die nicht geschäftsführenden Mitglieder beschränkt hat. Daher besteht letztlich kein Unterschied zu den Vertretern in einem Aufsichtsorgan, der eine solche Unterscheidung rechtfertigen würde, so dass kein Grund besteht eine von beiden Varianten zu begünstigen.<sup>718</sup> Man kann dieses Maßnahmenpaket daher als konsequente Fortentwicklung gegenüber der 10. RL bezeichnen, in der eine Beschränkung der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat auf ein Drittel ermöglicht wurde, jedoch keine Klarstellung bezüglich der Zuordnung der Mitglieder im Verwaltungsrat erfolgte. Daher war es im Rahmen der 10. RL noch konsequent, zwischen der Beschränkungsmöglichkeit im monistischen und im dualistischen System zu differenzieren. Allerdings ist die Begrenzungsmöglichkeit aus deutscher Sicht bereits jetzt erheblicher Kritik ausgesetzt, da sie als erneuter Angriff auf die deutsche paritätische Mitbestimmung gewertet wird.<sup>719</sup>

---

<sup>715</sup> Vgl. zum Streit um § 35 SEBG nur: *Krause*, BB 2005, 1221, 1228; *Henssler*, in: UHH, Einl. SEBG Rn. 202; *Braun* (2005), S. 99 ff.; *Kepper* (2010), S. 277 ff.

<sup>716</sup> *Henssler*, in: UHH, Einl. SEBG Rn. 201; *Eder*, NZG 2004, 544, 545; *Teichmann*, BB 2004, 53, 57; *Krause*, BB 2005, 1221, 1228;

<sup>717</sup> *Henssler*, in: UHH, Einl. SEBG Rn. 204; *Henssler*, in: FS Ulmer (2003), S. 193, 208; *Braun* (2005), S. 99 ff.; *Reichert/Brandes*, ZGR 2003, 767, 791 f.; *Teichmann*, BB 2004, 53, 56.

<sup>718</sup> aA *Hommelhoff*, in: FS U.-H. Schneider (2011), S. 547, 554.

<sup>719</sup> *Koberski/Heuschmid*, RdA 2010, 207, 212; *Hommelhoff*, in: FS U.-H. Schneider (2011), S. 547, 554; *Sick/Thannisch*, AuR 2011, 155, 158; *Hommelhoff*, AuR 2011, 202, 204; *Hommelhoff*, ZEuP 2011, 7, 40.

Ferner sollte dem Aspekt, dass eine SPE im Gegensatz zu einer SE auch im Wege der Neugründung „von der grünen Wiese“, das heißt *ex nihilo* erfolgen kann,<sup>720</sup> im Rahmen der Bewertung der Mitbestimmung in der SPE Rechnung getragen werden. Diese neu hinzugetretene Gründungsoption stellt die Mitbestimmung vor weitere Herausforderungen, da zum einen eine Gründung leichter und schneller erfolgen kann und zum anderen nicht zwingend andere Gesellschaften an der Gründung beteiligt sind, so dass etwa im Rahmen einer etwaigen Verhandlungslösung nicht auf die Arbeitnehmer der Gründungsgesellschaften zur Bildung eines BVG zurückgegriffen werden könnte, für den Fall, dass die SPE selbst keine Arbeitnehmer beschäftigen sollte. Dass ein Rückgriff auf das Mitbestimmungsmodell der SE mit primärer Verhandlungslösung für den Fall einer Neugründungsoption *ex nihilo* Probleme bereiten kann, ist bereits im Rahmen der SCE zutage getreten.<sup>721</sup> Daher hat man im Rahmen der Mitbestimmungslösung der SCE für bestimmte Ausnahmekonstellationen einen Rückgriff auf nationales Recht statt primärer Verhandlungslösung angeordnet.<sup>722</sup> Allerdings beschränken sich diese Ausnahmen auf Konstellationen, in denen eine Verhandlungslösung in erster Linie als zu aufwendig angesehen wird. Ähnliche Erwägungen haben bei der SPE zu einer primären Anknüpfung an nationales Recht geknüpft. Allerdings kann und sollte den mit einer primären Verhandlungslösung verbundenen Schwierigkeiten auf andere Weise Rechnung getragen werden. Darauf wird im Rahmen der Modellentwicklung näher einzugehen sein.<sup>723</sup> Neben der Neugründung bestehen die Möglichkeiten einer Gründung durch Umwandlung oder durch Verschmelzung.<sup>724</sup> Die mit diesen Gründungsmöglichkeiten verbundenen Risiken der Mitbestimmungsflucht etwa durch Umwandlung einer deutschen Aktiengesellschaft, die der paritätischen Mitbestimmung unterliegt, in eine SPE bestehen daher auch bei der SPE. Dies gilt ebenfalls für eine Gründung durch Verschmelzung. Erforderlich für die Gründung einer SPE ist allerdings gleich welcher der Gründungsmöglichkeiten man sich bedient, eine grenzüberschreitende Komponente, die die SPE nach dem aktuellen Vorschlag zwingend aufweisen muss.<sup>725</sup>

## C. Ergebnis

Im ersten Moment könnte man meinen, es handele sich bei dem Mitbestimmungsmodell der SPE um eine einfach gestaltete Lösung, die viele kleinere Mitbestimmungsprobleme, die bei den supranationalen Vorgängermodellen zutage getreten sind, beseitigt und durch die natio-

---

<sup>720</sup> Art. 5 lit. a) u. Art. 5a SPE-VOE U.

<sup>721</sup> Zur SCE siehe Teil 1, § 3 A. III. 6. (S. 72).

<sup>722</sup> Siehe oben Teil 1, § 3 A. III. 6. (S. 72).

<sup>723</sup> Siehe Teil 2, § 3 (S. 169 ff.).

<sup>724</sup> Art. 5 lit. b) u. c) SPE-VOE U.

<sup>725</sup> Art. 3 Abs. 3 SPE-VOE U.

nale Anknüpfung von Anfang an den Anwendern schnell zugänglich sein dürfte. Doch je näher man die Regelungen betrachtet, desto mehr Probleme und Unstimmigkeiten offenbaren sich.

Betrachtet man die von den Ratspräsidentenschaften zuletzt vorgelegten Kompromissvorschläge, scheint es, als habe man sich über das Grobraster der Mitbestimmungslösung geeinigt, und es ginge nur noch um Detailfragen. Doch der Schein trügt.

Während man es bei den supranationalen Vorgängermodellen schließlich immer schaffte, am Ende einen politischen Kompromiss zu erzielen, stagniert die Entwicklung der SPE. Die Gründe für diese Stagnation sind vielschichtig. Zum einen ist man vorsichtiger geworden aufgrund der negativen Erfahrungen, die man aus mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht im Zusammenhang mit der SE gesammelt hat. Zum anderen erhofft und befürchtet man zugleich eine im Vergleich zur SE deutlich größere praktische Resonanz der SPE, da sich diese an KMU und mithin an eine deutlich größere Interessengruppe richtet als die SE, welche insbesondere auf die Bedürfnisse großer Unternehmen ausgerichtet ist. Zudem ist die SPE als Konzernbaustein interessant. Für den Fall, dass sich die SPE, wie befürchtet, als geeignetes Mitbestimmungsvermeidungsinstrument entpuppen würde, hätte dies daher immense Auswirkungen auf die europäische Mitbestimmungspraxis. Darüber hinaus knüpft die SPE im Vergleich zu den supranationalen Vorgängermodellen am stärksten an nationales Mitbestimmungsrecht an. Gerade darin liegt nach hier vertretener Ansicht der Kern der Problematik.<sup>726</sup>

Man versucht mit der SPE eine originär europäische Rechtsform ohne originär europäische Mitbestimmungslösung zu schaffen. Stattdessen wird vorwiegend auf nationale Regelungen zurückgegriffen. Dies ist besonders misslich, da diese in keiner Weise harmonisiert und daher so vielschichtig wie die darüber bestehenden politischen Ansichten selbst sind. Einzig die in Ausnahmefällen eingreifende Verhandlungslösung kann als europäisch bezeichnet werden. Allerdings ist im Grundsatz und als Auffangregelung ein Rückgriff auf die nationalen Mitbestimmungsregelungen vorgesehen, was im Ergebnis dazu führen dürfte, dass, sofern dies beabsichtigt ist, nahezu in allen Fällen nationales Recht zur Anwendung kommen dürfte. Durch die Entkopplung von Register- und Verwaltungssitz ist es zudem möglich, sich das nationale Recht nutzbar zu machen, wie es benötigt wird, was im Ergebnis auf vielfältige Mitbestimmungsvermeidungskonstruktionen hinauslaufen dürfte, solange Grundregel und Auffanglösung an nationales Recht anknüpfen. Man eröffnet daher der Beraterbranche ein Spielfeld immensen Ausmaßes auf dem Gebiet der Mitbestimmung und dies zunächst unter

---

<sup>726</sup> Siehe zur Kritik an dieser Regelungssystematik im Rahmen der 10. RL oben Teil 1, § 3 A. IV. 6. c) (S. 82).

dem Deckmantel europäischer Seriosität. Sollte die SPE mit dem aktuell vorgesehenen Mitbestimmungsmodell tatsächlich realisiert werden, steht jedoch zu befürchten, dass nach dem eher negativ angehauchten Mitbestimmungsimago der SE die SPE ihr übriges zu dem Image originär europäischer Gesellschaftsformen beitragen dürfte.<sup>727</sup>

Bei der eingangs erwähnten Feinjustierung von Detailfragen dürfte es sich daher gerade vor dem Hintergrund der durch den Vertrag von Lissabon erheblich verschärften Anforderungen<sup>728</sup> an die europäische Rechtsetzung um ein nahezu aussichtsloses Vorhaben handeln. Anders wäre es, wenn man das zähe Ringen um die Umgehung einzelner nationaler Vorschriften respektive die Vermeidung solcher Umgehungskonstruktionen aufgeben und gemeinsam nach einer originär europäischen Lösung für eine originär europäische Rechtsform suchen würde, und zwar nach einer, die auch im zweiten Schritt nicht auf nationale Vorschriften zurückgreift.

## § 6 Arbeitnehmermitbestimmung als politischer Störfaktor?

Die Entwicklung der SPE teilt das Schicksal der Entwicklungen des Europäischen Gesellschaftsrechts insgesamt.<sup>729</sup> Dessen Schicksal wiederum ist wie unlängst bekannt, untrennbar mit der Frage der Arbeitnehmermitbestimmung verbunden<sup>730</sup>. Gerade sie ist „Gretchenfrage“<sup>731</sup>, „des Pudels Kern“<sup>732</sup> und der „gordische Knoten“<sup>733</sup> vorangegangener Entwicklungen gewesen und wird es, wie die aktuelle Stagnation der SPE belegt, vorerst bleiben<sup>734</sup>. Grund genug, sich des Kernproblems und dessen Entwicklungsprozesses anzunehmen.

Während man die Frage der Arbeitnehmermitbestimmung im Rahmen der EWIV aus politischen Gründen umging, indem man sich für einen faktischen Mitbestimmungsausschluss entschied,<sup>735</sup> konnte man im Rahmen der SE nicht umhin, sich der Frage eingehend zu widmen.<sup>736</sup> Betrachtet man die gesellschaftspolitische Relevanz der beiden Rechtsformen,<sup>737</sup> so

---

<sup>727</sup> Siehe hierzu Teil 2, § 1 A. IV. 1. d) (S. 159).

<sup>728</sup> Siehe hierzu Teil 1, § 2 A. (S. 39 ff.).

<sup>729</sup> Siehe oben Teil 1, § 3 A. (S. 48 ff.).

<sup>730</sup> Zum notwendigen Gleichklang der Frage der Mitbestimmung und der Schaffung europäischen Gesellschaftsrechts, *Kleinsorge*, in: WWKK, E. Mitbestimmung auf europäischer Ebene Rn. 1; grundlegend zu dieser Problematik *Krieger*, in: FS Rittner (1991), S. 303 ff.; *Hopt*, in: FS Everling, Bd. I (1995), S. 475 ff.

<sup>731</sup> *Tornau*, Magazin Mitbestimmung 10/2011.

<sup>732</sup> *Hopt*, ZIP 1998, 96, 100.

<sup>733</sup> *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385, 391.

<sup>734</sup> *Lutter/Bayer/Schmidt*, § 43 Rn. 172 bezeichnen die „Mitbestimmungsfrage“ bereits jetzt als neuralgischen Punkt der SPE.

<sup>735</sup> Siehe oben Teil 1, § 3 A. I. 6. (S. 53).

<sup>736</sup> Siehe oben Teil 1, § 3 A. II. 1. (S. 53), Teil 1, § 3 A. II. 6. (S. 60).

<sup>737</sup> Siehe oben Teil 1, § 4 A. (S. 96), Teil 1, § 4 C. (S. 102).

verwundert dies nicht. Die über 30 Jahre andauernde Beschäftigung mit der Frage nach der Arbeitnehmermitbestimmung in Europäischen Gesellschaftsformen im Rahmen der SE, welche oben in entsprechender Kürze dargestellt ist<sup>738</sup> und zudem hinreichende Beachtung in der Literatur gefunden hat<sup>739</sup>, führte letztlich, wenn auch nur in Folge der zuvor erzielten Einigung bei der Richtlinie 94/45/EG des Rates über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen<sup>740</sup>, zu einer einvernehmlichen Lösung. Novum, Hauptbestandteil und heute allgemein konsentierter Standard europäischer Unternehmensmitbestimmung ist die Verhandlungslösung<sup>741</sup>. Sie, so wie das SE-Modell insgesamt, verhalfen der SCE unmittelbar im Anschluss an die Einführung der SE zum Erfolg.<sup>742</sup> Man könnte sagen, die SCE konnte unmittelbar im Fahrwasser des Flaggschiffs<sup>743</sup> segeln. Allerdings bekam die durch die SE etablierte europäische Mitbestimmungslösung mit der SCE bereits erste Risse, indem wenn auch nur in Ausnahmefällen auf nationales Mitbestimmungsrecht zurückgegriffen wurde. Etwas unruhiger wurde die See bereits kurze Zeit später, als die Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen konsentiert wurde. So kam es, dass sich an dieser Stelle deutlich spürbarere Änderungen gegenüber dem SE-Modell im Rahmen der Verhandlungslösung mit subsidiärer Auffangregelung einschleichen konnten<sup>744</sup>, welche je nach Standpunkt des Betrachters als Fortschritt<sup>745</sup> oder Rückschritt<sup>746</sup> gewertet werden. Während diese Veränderungen jedoch nach hier vertretener Ansicht durchaus als flexibler angesehen werden können, hat die 10. RL in ihrer Grundkonzeption einen wesentlichen Rückschritt gegenüber dem SE-Modell gemacht, indem sie grundsätzlich an nationales Recht anknüpft.<sup>747</sup> Für die 10. RL, bei der aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung eine nationale Gesellschaft hervorgeht, kann man dies zwar akzeptieren, jedoch sollte diese Veränderung nicht auf die Entwicklung supranationaler Gesellschaften übertragen werden, wie leider derzeit in dem aktuellen Vorschlag der SPE enthalten. In der Grundkonzeption des Mitbestimmungsmodells der 10. RL ist keine „Weiterentwicklung“ des SE-Modells zu sehen, sondern vielmehr eine Sonderlösung für eine wenn auch durch grenzüberschreitende Verschmelzung entstandene doch nationale Rechtsform. Dennoch kann man für die Arbeitnehmermitbestimmung, die bislang in allen europäischen Vorhaben, die einen mitbestimmungsrechtlichen Bezug aufweisen, einen politischen

---

<sup>738</sup> Siehe oben Teil 1, § 3 A. II. 1. (S. 53).

<sup>739</sup> Siehe nur *Mävers* (2002) mwN.

<sup>740</sup> RL 94/45/EG v. 22.9.1994, ABl. EG Nr. L 254/64 v. 30.9.1994.

<sup>741</sup> Siehe nur *Weiss*, AuR 2011, 393, 394.

<sup>742</sup> Siehe oben Teil 1, § 3 A. III. 1. (S. 68).

<sup>743</sup> Zur Charakterisierung der SE als Flaggschiff des europäischen Gesellschaftsrechts, siehe *Hopt*, ZIP 1998, 96, 99.

<sup>744</sup> Siehe oben Teil 1, § 3 A. IV. 6. (S. 79).

<sup>745</sup> Siehe nur *Lutter/Bayer/Schmidt*, § 43 Rn. 179.

<sup>746</sup> Siehe nur *Tornau*, Magazin Mitbestimmung 10/2011; *Conchon* (2011), S. 48.

<sup>747</sup> Siehe bereits oben Teil 1, § 3 A. IV. 6. c) (S. 82).



Störfaktor darstellte und bei der SPE noch immer darstellt, festhalten, dass mit der Verhandlungslösung und subsidiärer Auffangregelung ein erster Standard der Europäischen Unternehmensmitbestimmung gesetzt werden konnte.

Doch ist mit dieser ersten Standardisierung das Für und Wider der Mitbestimmung in europäischen Gesellschaftsformen noch nicht abschließend geklärt. Vielmehr hat sich die Diskussebene verlagert. Schließlich bedarf es sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite einer hinreichenden Motivation zur Verhandlung. „*Bargaining in the shadow of the law*“<sup>748</sup> lautet nach wie vor die Maßgabe<sup>749</sup>. Weiterhin klärungsbedürftig ist daher die Frage nach einer interessengerechten Auffangregelung.<sup>750</sup> Begünstigt diese eine von beiden Seiten unangemessen, besteht keine geeignete Verhandlungsbasis. *Fleischer* bezeichnet die Auffangregelung der SE als „kardinalen Konstruktionsfehler“.<sup>751</sup> Bestimmt sich die Arbeitnehmermitwirkung in der Auffangregelung nach dem höchsten anzutreffenden Mitbestimmungsstandard, wie bei der Vorher-Nachher-Lösung der SE, fehlte für die Arbeitnehmerseite der Anreiz für Verhandlungen. Besser wäre nach Ansicht von *Fleischer* der Vorschlag der *Davignon*-Gruppe<sup>752</sup> gewesen, der den Arbeitnehmervertretern 1/5 der Aufsichtsratssitze, mindestens aber zwei Mandate zubilligte.<sup>753</sup>

Des Weiteren ist das Zusammenspiel von Verhandlungslösung und Auffangregelung sowie die Frage, ob es daneben noch eine Grundregel, wie derzeit für die SPE mit der Anknüpfung an das nationale Recht des Sitzstaates vorgesehen,<sup>754</sup> geben soll, problematisch. Der zweite Teil der Arbeit beschäftigt sich daher mit dem Für und Wider der Mitbestimmung in europäischen Gesellschaftsformen aus europäischer Perspektive, der Konzeptionierung einer interessengerechten Auffangregelung und einem konkreten Anwendungsvorschlag für die SPE, der das Zusammenspiel der einzelnen Mitbestimmungskomponenten aus Grundregel, Verhandlungslösung und Auffangregelung mit einbezieht.

---

<sup>748</sup> *Mnookin/Kornhauser*, The Yale Law Journal 1979, 950; *Krause*, BB 2005, 1221, 1222.

<sup>749</sup> So verweist auch *Fleischer*, AcP 204 (2004), 502, 535 im Rahmen seiner Kritik an der Auffangregelung der SE (sog. Vorher-Nachher-Prinzip) darauf, dass aus dem spieltheoretischen Schrifttum, für welches er zahlreiche Nachweise in Fn. 234 anführt, bereits bekannt sei, dass Verhandlungen stets im Schatten der *default rule* geführt werden.

<sup>750</sup> Vgl. zum Streit um die Auflöslung bei der SE: *Weiss*, AuR 2011, 393, 394; *Krause*, BB 2005, 1221, 1222; *Fleischer*, AcP 204 (2004), 502, 535; *Reichert/Brandes*, ZGR 2003, 767, 780.

<sup>751</sup> *Fleischer*, AcP 204 (2004), 502, 535.

<sup>752</sup> Siehe oben Teil 1, § 3 A. II. 1. (S. 53).

<sup>753</sup> *Fleischer*, AcP 204 (2004), 502, 535 unter Verweis auf den *Davignon*-Bericht; siehe hierzu bereits oben Teil 1, § 3 A. II. 1 (S. 53).



## Teil 2

Die Erkenntnisse des ersten Teils haben gezeigt, dass der aktuelle Vorschlag eines Mitbestimmungsmodells für die SPE zwar in Teilaspekten zu begrüßen, in der Grundkonzeption des Modellentwurfs jedoch abzulehnen ist.<sup>755</sup>

Die Grundkonzeption ist abzulehnen, weil sie als Grundregel das Sitzstaatsprinzip anwendet. Erst im zweiten Schritt soll in Ausnahmefällen die europäische Lösung in Form von Verhandlungslösung mit subsidiärer Auffangregel eingreifen. Diese Grundkonzeption entspricht derjenigen der 10. RL. Aus der in der 10. RL geregelten grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften geht allerdings eine nationale und keine supranationale Gesellschaft hervor. Die Konzeption der 10. RL ist für supranationale Gesellschaftsformen, wie etwa die SPE, folglich ungeeignet. Daher ist der zweite Teil der Arbeit der Suche nach einer geeigneten Mitbestimmungslösung für die SPE gewidmet. Grundgedanke eines Mitbestimmungsmodells für die SPE als originär europäische Rechtsform, sollte, wie der erste Teil gezeigt hat, ein originär europäisches Mitbestimmungsmodell sein.

### § 1 Pro und Contra eines europäischen Mitbestimmungsmodells

Bevor jedoch mit der Entwicklung eines europäischen Mitbestimmungsmodells begonnen werden kann, zunächst eine Abwägung des Für und Wider einer solchen Lösung, um bereits vorbeugend Kritikern, die ein solches Modell unter Umständen für nicht konsensfähig halten mögen, wirkungsvoll entgegenzutreten.

#### A. Pro

Für ein originär europäisches Mitbestimmungsmodell statt des Rückgriffs auf nationales Mitbestimmungsrecht, wie in dem aktuellen Vorschlag für die SPE vorgesehen, sprechen die folgenden Aspekte:

---

<sup>755</sup> Anders Hommelhoff, ZEuP 2011, 7, 11 u. 38 f.

## I. SPE im europäischen Wettbewerb der Gesellschaftsformen

Die SPE tritt als supranationale Gesellschaftsform, sofern sie realisiert wird, neben die nationalen Gesellschaftsformen. Gleiches würde für ein europäisches Mitbestimmungsmodell in der SPE gelten. Dieses würde gemeinsam mit der SPE neben die nationalen Optionen treten. Eine zwingende Harmonisierung der nationalen Vorschriften wäre damit hingegen nicht verbunden. Dies dürfte ein entscheidender Vorteil gegenüber dem gescheiterten Vorhaben der 5. RL sein.<sup>756</sup> Mit dieser wurde vergeblich eine Harmonisierung der Struktur und der Mitbestimmung in Aktiengesellschaften angestrebt. Eine Harmonisierung nationaler Regelungen stellt stets einen deutlich größeren Eingriff dar als die Schaffung einer weiteren supranationalen Option. Tritt statt der Angleichung nationaler Vorschriften eine supranationale Option hinzu, behalten die nationalen Modelle ihre Eigenständigkeit und können zu der supranationalen Option in Konkurrenz treten. Auf diese Weise besteht die Möglichkeit, dass der Markt selbst entscheiden kann, welche Lösung für ihn die passende ist. Durch diesen Wettbewerbsaspekt, als eine Art „Marktregulativ“,<sup>757</sup> können zudem Reformbestrebungen in den einzelnen Mitgliedstaaten ausgelöst werden. Allerdings sollte dem Konkurrenzaspekt im Hinblick auf Reformbestrebungen keine allzu große Bedeutung beigemessen werden. Das haben die Erfahrungen mit der SE gezeigt. Wurde zunächst ambitioniert versucht, die Einführung der Verhandlungslösung in der SE zu nutzen, um die deutsche Mitbestimmung dahingehend zu reformieren,<sup>758</sup> konnten diese Vorhaben bis heute nicht umgesetzt werden. Eine größere Rolle spielt die SE hingegen als konkurrenzfähige Alternative bei der Wahl der Rechtsform. Der Rückgriff auf die SE ist trotz der noch jungen Geschichte dieser Rechtsform und ihrer Ausrichtung speziell auf große Unternehmen erheblich.<sup>759</sup> Einen der Hauptaspekte zur Wahl der SE als Rechtsform spielt neben dem Image der SE die Mitbestimmung.<sup>760</sup> Die Attraktivität der SPE gerade in Bezug auf die Mitbestimmung könnte daher auch ein bedeutender Aspekt zur Konkurrenzfähigkeit der SPE sein.

Die Schaffung einer unter Umständen auch in mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht konkurrenzfähigen Alternative mit der SPE sollte von den Mitgliedstaaten jedoch nicht als Gefahr und damit als Angriff auf ihr nationales Mitbestimmungssystem, sondern vielmehr als Chance, weitere Erkenntnisse hinzuzugewinnen, gesehen werden. Fest steht zumindest, dass die Europäisierung, mag sie der eine oder andere in Zeiten der Schicksalsgemeinschaft um die gemeinsame Währung auch bedauern, nicht mehr zu stoppen ist.

---

<sup>756</sup> Siehe hierzu Teil 1, § 3 B. I. (S. 87).

<sup>757</sup> Siehe hierzu eingehend *Eidenmüller*, JZ 2009, 641.

<sup>758</sup> Zum Reformdruck siehe nur *Henssler*, RdA 2005, 330, 333 ff; zu Reformbestrebungen siehe nur den Entwurf des *Arbeitskreises „Unternehmerische Mitbestimmung“*, abgedruckt in ZIP 2009, 885 ff.

<sup>759</sup> Siehe hierzu Teil 1, § 4 A. (S. 96).

<sup>760</sup> Siehe hierzu Teil 1, § 4 A. (S. 96).

Ein Kernstück des europäischen Projekts ist der Binnenmarkt.<sup>761</sup> Ohne erneut auf den Binnenmarkt im Detail<sup>762</sup> einzugehen, sei an dieser Stelle hervorgehoben, dass er Europas Wettbewerbsfähigkeit auf den globalen Märkten stärkt.<sup>763</sup> Kehrseite der Medaille ist jedoch, dass die Stärkung des Binnenmarktes dazu zwingt, von national gewachsenen Standards abzurücken oder zumindest einen europäischen Standard, wie im Falle einer supranationalen Gesellschaftsform, daneben zu akzeptieren. Darüber hinaus ist der Wettbewerb der Mitbestimmungssysteme im Binnenmarkt bereits in vollem Gang; sei es unter dem europäischen Deckmantel einer SE oder unter Verwendung einer EU-Auslandsgesellschaft. Auf Umgehungskonstruktionen wird in einem gesonderten Punkt noch näher einzugehen sein.<sup>764</sup>

Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass man auf nationalen Mitbestimmungsstandards langfristig nicht wird beharren können, zumindest nicht, ohne dadurch sanft aufs Abstellgleis geschoben zu werden. Daher sollten sich die Mitgliedstaaten, deren Mitbestimmungssysteme derzeit eine Bandbreite von mitbestimmungsfreien Gesellschaften in Großbritannien<sup>765</sup> bis hin zu paritätisch besetzten Gesellschaften in Deutschland<sup>766</sup> vorsehen, nunmehr auf eine europäische *Benchmark*<sup>767</sup> der Mitbestimmung verständigen. Diese könnte sodann als originär europäische Auffangregelung in der SPE fungieren.<sup>768</sup>

## II. Soziale Dimension des Binnenmarktes

Mittels der SPE sollen KMU den europäischen Binnenmarkt stärker nutzen als bisher, um auf diese Weise zur Stärkung der europäischen Wirtschaft beizutragen. Die Entwicklung der SPE und mit ihr die Entwicklung eines Mitbestimmungsmodells für die SPE ist demnach stets im Kontext des europäischen Binnenmarktes zu sehen. Zur Analyse möglicher neuer Begründungsansätze der Unternehmensmitbestimmung auf europäischer Ebene soll in diesem Zusammenhang die lange Jahre umstrittene soziale Dimension des Binnenmarktes näher beleuchtet werden.

In dem Bewusstsein, dass die Bereiche Sozialpolitik, soziale Grundrechte und *Corporate Social Responsibility* ineinander greifen und nicht isoliert nebeneinander stehen, erfolgt aus Gründen der Übersichtlichkeit dennoch eine in diese Kategorien untergliederte Darstellung.

---

<sup>761</sup> Binnenmarktakte I (siehe Fn. 44), S. 3.

<sup>762</sup> Siehe hierzu Einleitung (S. 7 ff.).

<sup>763</sup> Binnenmarktakte II (siehe Fn. 42), S. 4.

<sup>764</sup> Siehe Teil 2, § 1 A. IV. (S. 155).

<sup>765</sup> Siehe Harth/Taggart, in: Henssler/Braun (2011), Großbritannien Rz. 88; Mävers (2002), S. 67 ff.

<sup>766</sup> §§ 1, 7 MitbestG.

<sup>767</sup> Engl. *Benchmark* = „Maßstab“, steht für eine Bezugs- oder Richtgröße.

<sup>768</sup> Siehe zur Modellentwicklung Teil 2, § 3 (S. 169 ff.).

## 1. Sozialpolitik

Am neoliberalen Beginn der Europäischen Gemeinschaften waren soziale Komponenten, wie etwa das Arbeitsrecht, eine Randerscheinung.<sup>769</sup> Selbst die Frage, ob die europäische Integration überhaupt eine soziale Dimension beinhaltet oder nur auf eine wirtschaftliche Zusammenarbeit gerichtet sei, war über viele Jahre hinweg umstritten.<sup>770</sup>

Zu Beginn wurde von einzelnen Mitgliedstaaten, darunter Deutschland, die Auffassung vertreten, eine Verbesserung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen führe automatisch zu einer Verbesserung der sozialen Strukturen.<sup>771</sup> Während die Organe der Europäischen Gemeinschaft bereits in den 1960er Jahren erhebliche Zweifel daran hegten,<sup>772</sup> konnten die Mitgliedstaaten erst auf dem Pariser Gipfeltreffen in 1972 nach eingehender Analyse davon überzeugt werden, dass es einen Automatismus des sozialen Fortschritts allein durch wirtschaftliche Mechanismen nicht gibt.<sup>773</sup> Daraufhin wurde mit dem in 1974 vorgelegten sozialpolitischen Aktionsprogramm der EG<sup>774</sup> der Grundstein der europäischen Sozialpolitik gelegt.<sup>775</sup> Darin wurde erstmals festgeschrieben, dass „einem energischen Vorgehen im sozialpolitischen Bereich die gleiche Bedeutung [...] wie der Verwirklichung der Wirtschafts- und Währungsunion“ beigemessen werden sollte. Darauf folgte die bereits eingangs erwähnte Diskussion um eine „soziale Dimension des Binnenmarktes“. Diese wurde auf dem EU-Gipfel in Hannover in 1988 zum Hauptdiskussionspunkt des Europäischen Rates für die nächsten Jahre gemacht.<sup>776</sup>

Betrachtet man das sich anschließende Wechselspiel zwischen wirtschaftlichen und sozialpolitischen Erwägungen, so sind zunehmend stärkere Verschiebungen in Richtung einer sozialpolitischen Ausprägung zu verzeichnen. Dies belegen zum einen die mit dem Vertrag von Amsterdam neu gesetzten Akzentuierungen im Rahmen des heutigen Art. 151 AEUV (vor-

---

<sup>769</sup> Zum „Schattendasein“ des Arbeitsrechts siehe *Konzen*, ZfA 2005, 189, 190 unter Verweis auf *Birk*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 2000, § 18 Rn. 5 „*Wirtschaftspolitik als Sozialpolitik*“.

<sup>770</sup> Eine umfassende Darstellung findet sich bei *Kleinhenz*, in: *Birk* (1990), S. 9 ff.

<sup>771</sup> *Langenfeld/Benecke*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, AEUV Art. 151 Rn. 15; *Borchardt*, in: *Dausen*, D II. Sozialrecht Rn. 4.

<sup>772</sup> Siehe *Langenfeld/Benecke*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, AEUV Art. 151 Rn. 15.

<sup>773</sup> *Borchardt*, in: *Dausen*, D II. Sozialrecht Rn. 6.

<sup>774</sup> Entschließung des Rates v. 21.1.1974 über ein sozialpolitisches Aktionsprogramm, ABl. EG 1974, Nr. C 13/1.

<sup>775</sup> So wohl auch *Konzen*, ZfA 2005, 189, 190.

<sup>776</sup> *Kleinhenz*, in: *Birk* (1990), S. 9.

mals Art. 136 EGV)<sup>777</sup> und zum anderen die mit dem Vertrag von Lissabon in Art. 3 Abs. 3 EUV aufgenommene Zielbestimmung der „sozialen Marktwirtschaft“<sup>778</sup>.

Darin heißt es, die Union

*„wirkt auf die nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt, sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität hin.“*<sup>779</sup>

Diese und andere in Art. 3 EUV enthaltene allgemeine Zielbestimmungen sind für alle Bereiche des Unionsrechts – also EUV und AEUV – rechtsverbindlich.<sup>780</sup>

Dennoch wird in der Literatur<sup>781</sup> die Frage aufgeworfen, ob die Aufnahme der „sozialen Marktwirtschaft“ in Art. 3 EUV überhaupt mit einer rechtserheblichen Änderung des Primärrechts verbunden ist. Nach einer eingehenden Auseinandersetzung mit dieser Frage gelangt *Müller-Graff* zu dem Ergebnis, dass mit der Aufnahme dieser Formel keine rechtserheblichen Änderungen verbunden sind, die über die bislang entwickelten Marktkriterien hinausreichen; er sieht darin vornehmlich eine semantische Akzentuierung.<sup>782</sup>

Selbst wenn man mit *Müller-Graff* eine rechtserhebliche Änderung ablehnt und in der Aufnahme der sozialen Marktwirtschaft lediglich eine semantische Akzentuierung sieht, lässt sich an dieser Stelle festhalten, dass die Sozialpolitik der EU durch den Vertrag von Lissabon eine weitere Aufwertung erfahren hat. Eine Aufwertung der Sozialpolitik allein vermag zwar keinen neuen Begründungsansatz für die Unternehmensmitbestimmung auf europäischer Ebene zu liefern, dennoch ist darin eine positive Grundstimmung im Hinblick auf soziale Entwicklungen und damit auch im Hinblick auf das Arbeitsrecht und die Mitbestimmung von Arbeitnehmern auf Unternehmensebene zu sehen.

## 2. Soziale Grundrechte

Parallel zu der allgemeinen Sozialpolitik der EG bzw. der heutigen EU entwickelten sich „soziale“ Grundrechte auf europäischer Ebene. Der Begriff „soziale Grundrechte“ wird nachfol-

---

<sup>777</sup> Siehe nur *Krebber*, in: Callies/Ruffert, AEUV Art. 151 Rn. 7.

<sup>778</sup> *Müller-Graff*, EWS 2009, 489, 492; *ders.*, in: FS Scheuing (2011), S. 600; *Frenz*, NZS 2011, 81.

<sup>779</sup> Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV.

<sup>780</sup> *Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art. 3 Rn. 15.

<sup>781</sup> *Müller-Graff*, in: FS Scheuing (2011), S. 600, 602 ff.

<sup>782</sup> *Müller-Graff*, in: FS Scheuing (2011), S. 600, 621 ff.

gend allein zur Umschreibung von Grundrechten, die einen arbeits- oder sozialrechtlichen Bezug aufweisen verwendet, auch wenn sich Grundrechte streng genommen nicht in dieser Form begrifflich unterteilen lassen.<sup>783</sup>

Soziale Grundrechte beinhaltet die Europäische Menschenrechtskonvention („EMRK“) vom 4. November 1950 in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Oktober 2010, deren Regelungen jedoch aufgrund des noch nicht erfolgten Beitritts derzeit für die EU unmittelbar nicht rechtsverbindlich sind. Allerdings wurde mit Art. 6 Abs. 2 EUV die Rechtsgrundlage für den Beitritt der EU zur EMRK geschaffen.

Weitere soziale Grundrechte beinhaltet die Europäische Sozialcharta („ESC“) aus dem Jahr 1961<sup>784</sup>. Die ESC ist ein völkerrechtlicher Vertrag im Rahmen des Europarates,<sup>785</sup> der keinen Bestandteil des Gemeinschaftsrechts bildet, sondern lediglich zur Konkretisierung des Inhalts der Sozialpolitik der Gemeinschaft herangezogen werden kann.<sup>786</sup> Ein Bezug zur ESC erfolgt in Art. 151 AEUV. Darin heißt es, dass die Mitgliedstaaten ihre Politik „eingedenk“ der in der ESC niedergelegten sozialen Grundrechte verfolgen.<sup>787</sup>

Ferner zieht der EuGH seit der Entscheidung *Stauder*<sup>788</sup> im Jahr 1969 bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit von Handlungen der Gemeinschaftsorgane Grundrechte heran.<sup>789</sup> Darüber hinaus hat der EuGH begonnen, im Rahmen seiner Rechtsprechung weitere Grundrechte auf europäischer Ebene im Bereich des Arbeitsrechts herauszubilden. So bejahte der EuGH in seinen Entscheidungen in den Rechtssachen *Viking*<sup>790</sup> und *Laval*<sup>791</sup> bereits vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon ein unionsrechtliches Recht auf Arbeitskampf.<sup>792</sup> Die in dieser Form herausgebildeten allgemeinen Grundsätze verlieren durch den Vertrag von Lissabon nicht ihre Gültigkeit, sondern gelten über Art. 6 Abs. 3 EUV ergänzend weiterhin fort.<sup>793</sup> Einen weiteren markanten Entwicklungsschritt der sozialen Grundrechte bildet die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 9. Dezember 1989<sup>794</sup>. Von besonderem Interesse für die Mitbestimmungsdiskussion ist das in Nr. 17 und 18 enthaltene Recht der Arbeitnehmer auf „Unterrichtung, Anhörung und Mitwirkung“. Allerdings handelt es sich

---

<sup>783</sup> Siehe zum Streit um die Begrifflichkeit „soziale Grundrechte“ *Heuschmid* (2009), S. 82.

<sup>784</sup> Europäische Sozialcharta v. 18.10.1961, BGBl. 1964 II, S. 1262; zuletzt geändert durch ÄndBek v. 3.9.2001, BGBl. II, S. 970.

<sup>785</sup> *Zachert*, NZA 2001, 1041.

<sup>786</sup> *Tomuschat*, in: von der Groeben/Schwarze, EG Art. 281 Rn. 57.

<sup>787</sup> So bereits zu Art. 136 EGV *Tomuschat*, in: von der Groeben/Schwarze, EG Art. 281 Rn. 57.

<sup>788</sup> EuGH, Rs C-29/69, Slg. 1969, 419 (*Stauder*).

<sup>789</sup> *Zachert*, NZA 2000, 621, 623.

<sup>790</sup> EuGH, Rs. C-438/05, Slg. 2007, I-10779 (*Viking*).

<sup>791</sup> EuGH, Rs. C-341/05, Slg. 2007, I-11 767 (*Laval*).

<sup>792</sup> *Krebber*, in: Callies/Ruffert, AEUV Art. 151 Rn. 15.

<sup>793</sup> Siehe hierzu auch *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art. 6 Rn. 50 ff.

<sup>794</sup> KOM (89) 248 endgültig v. 9.12.1989.



bei der Gemeinschaftscharta lediglich um eine Erklärung der Staats- und Regierungschefs, die nicht rechtsverbindlich ist.<sup>795</sup> Auf die Gemeinschaftscharta wird jedoch ebenso wie auf die ESC über Art. 151 AEUV Bezug genommen.<sup>796</sup>

Den wohl markantesten Entwicklungsschritt bildet die am 7. Dezember 2000 proklamierte Charta der Grundrechte der Europäischen Union („GRC“). Diese wurde am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepasst<sup>797</sup> und mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon rechtsverbindlich.<sup>798</sup> Die Rechtsverbindlichkeit der GRC für das Rechtssubjekt „Europäische Union“ ist der in Art. 6 Abs. 1 EUV erfolgten „Anerkennung“ in Zusammenschau mit der Entwicklungsgeschichte zu entnehmen.<sup>799</sup>

Europäische Arbeitnehmergrundrechte enthalten mithin die ESC, die Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer, die GRC sowie die EMRK.<sup>800</sup> Darüber hinaus beanspruchen die durch den EuGH herausgebildeten allgemeinen Grundsätze weiterhin Geltung.

Ein ausdrücklich anerkanntes Grundrecht auf Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene enthält jedoch keine der vorbezeichneten Rechtserkenntnisquellen.

Fraglich ist, ob sich ein solches Grundrecht aus den aufgezeigten Rechtserkenntnisquellen ableiten lässt, das einen möglichen Begründungsansatz für die Unternehmensmitbestimmung auf europäischer Ebene darstellen könnte.

Mit dieser Frage hat sich *Heuschmid* eingehend auseinandergesetzt. Er gelangt in seiner Untersuchung zu dem Ergebnis, dass ein europäisches Grundrecht auf Mitentscheidung auf Unternehmensebene besteht.<sup>801</sup> Zur Begründung dieses Grundrechtes stellt er auf eine Gesamtbetrachtung der folgenden Rechtserkenntnisquellen ab: *„die Verfassungen der Mitgliedstaaten, die GRCh, das einfache Recht der Mitgliedstaaten, die für die Gemeinschaftsrechtsordnung relevanten Rechtsakte mit völkerrechtlichem Charakter, die einschlägigen Sekundärrechtsakte und einzelne Organerklärungen des Europäischen Parlaments.“*<sup>802</sup>

Die sozialen Grundrechte auf europäischer Ebene, insbesondere die GRC, bilden zwar einen erheblichen Teil des von *Heuschmid* vertretenen Begründungsansatzes, genügen aber allein nicht, so dass es eines Rückgriffs auf weitere Rechtserkenntnisquellen auch solche des nati-

---

<sup>795</sup> Vgl. *Krebber*, RdA 2009, 224, 225.

<sup>796</sup> So bereits zu Art. 136 EGV *Krebber*, RdA 2009, 224.

<sup>797</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union v. 12.12.2007, ABl. EU Nr. C 303, S. 1.

<sup>798</sup> *Callies*, in: *Callies/Ruffert*, EUGR-Charta Art. 1 Rn. 1.

<sup>799</sup> *Schorkopf*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV Art. 6 Rn. 20.

<sup>800</sup> Siehe hierzu *Zachert*, NZA 2001, 1041; *Heuschmid* (2009), S. 257 ff.

<sup>801</sup> *Heuschmid* (2009), S. 259.

<sup>802</sup> *Heuschmid* (2009), S. 258.

onalen Rechtes bedurfte. Als Ausgangsbasis des Begründungsansatzes von *Heuschmid* wird man jedoch die GRC und insbesondere die darin enthaltenen Art. 15 Abs. 1 (Berufsfreiheit), Art. 27 (Recht auf Unterrichtung und Anhörung), Art. 28 (Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen) und die in Art 1 (Würde des Menschen) bzw. Art. 31 Abs. 1 (würdige Arbeitsbedingungen) enthaltene Menschenwürdegewährleistung verstehen dürfen.

Selbst wenn man daher aus den sozialen Grundrechten auf europäischer Ebene allein ein Recht auf Unternehmensmitbestimmung nicht herleiten kann, so lässt sich dieses zumindest im Wege einer Gesamtbetrachtung der verschiedenen Rechtserkenntnisquellen mit *Heuschmid* bejahen.

### 3. Corporate Social Responsibility („CSR“)

Ein weiterer neuer Begründungsansatz der Unternehmensmitbestimmung könnte in dem noch recht jungen sozialen Bestreben der CSR zu sehen sein.

Hinsichtlich der sozialen Verantwortung von Unternehmen schlug die Europäische Kommission in 2001 mit der Vorlage des Grünbuchs „Europäische Rahmenbedingungen für die soziale Verantwortung von Unternehmen“<sup>803</sup> einen neuen sozialen Weg unter dem Titel „*Corporate Social Responsibility*“ („CSR“ = soziale Verantwortung von Unternehmen) ein. Kurz nach Vorlage des Grünbuchs gründete die Kommission ein „Europäisches Multi *Stakeholder* Forum zu CSR“<sup>804</sup>. Dieses legte am 29. Juni 2004 einen Abschlussbericht zum Thema *Corporate Social Responsibility* vor.<sup>805</sup> Im Oktober 2011 folgte eine Mitteilung der Europäischen Kommission über „Eine neue EU-Strategie (2011-2014) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR)“.<sup>806</sup>

Die Kommission möchte mit ihrer neu vorgelegten CSR-Strategie das Vertrauen in die Wirtschaft, das durch die Wirtschaftskrise und ihre sozialen Folgen erschüttert wurde, wieder stärken. Daher „erneuert die Kommission ihre Anstrengungen zur CSR-Förderung jetzt, um auf mittlere und lange Sicht günstige Bedingungen für nachhaltiges Wachstum, verantwor-

---

<sup>803</sup> KOM (2001) 366 endgültig v. 18.7.2001.

<sup>804</sup> Internetauftritt:

[http://circa.europa.eu/irc/empl/csr\\_eu\\_multi\\_stakeholder\\_forum/info/data/en/csr%20ems%20forum.htm](http://circa.europa.eu/irc/empl/csr_eu_multi_stakeholder_forum/info/data/en/csr%20ems%20forum.htm).

<sup>805</sup> Abrufbar unter

[http://circa.europa.eu/irc/empl/csr\\_eu\\_multi\\_stakeholder\\_forum/info/data/en/CSR%20Forum%20final%20report.pdf](http://circa.europa.eu/irc/empl/csr_eu_multi_stakeholder_forum/info/data/en/CSR%20Forum%20final%20report.pdf).

<sup>806</sup> KOM (2011) 681 endgültig v. 25.10.2011.

tungsvolles unternehmerisches Verhalten und die Entstehung dauerhafter Arbeitsplätze zu schaffen“.<sup>807</sup> Dabei werden sowohl die interne Dimension<sup>808</sup>, in die beispielsweise das Humanressourcenmanagement fällt, als auch die externe Dimension<sup>809</sup>, in die beispielsweise das Verhältnis zu Geschäftspartnern, Zulieferern und Verbrauchern fällt, beleuchtet. Allerdings basiert das Konzept der CSR auf Freiwilligkeit der Unternehmen. Eine rechtliche Verpflichtung, daran zu partizipieren, besteht nicht.<sup>810</sup>

Vor dem Hintergrund der immer einflussreicheren und aggressiveren Finanzinvestoren wie *hedge funds*<sup>811</sup> und *private equity companies*<sup>812</sup>, denen es ausschließlich auf eine hohe Gewinnerzielung ankommt, wird zunehmend der Wert von CSR als Korrektiv und als Begründungsansatz für eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer ins Spiel gebracht.<sup>813</sup> Unternehmen sollen mehr soziale Verantwortung zeigen und leben, um auf diese Weise nachhaltig zu wirtschaften und nicht die Interessen anderer *Stakeholder*<sup>814</sup>, wie beispielsweise der Arbeitnehmer, zugunsten eines kurzfristigen Gewinnstrebens preisgeben. In diesem Zusammenhang wird zudem auf die gewandelte Rolle des Aufsichtsrates weg „vom rückblickenden Überwachungs- und Kontrollgremium hin zum vorausschauenden, beratenden Gestaltungsgremium“ verwiesen.<sup>815</sup> CSR-Strategien, die Faktoren wie ‚Risikomanagement‘ und ‚internationale Wettbewerbsfähigkeit‘ beinhalten, seien daher gerade für die an der strategischen Unternehmensplanung teilnehmenden Aufsichtsräte ein Thema, das zunehmend an Bedeutung gewinnt.<sup>816</sup> Allerdings gilt es zu bedenken, dass CSR lediglich freiwillig ist.<sup>817</sup> Sie kann daher keinesfalls eine verpflichtende Beteiligung der Arbeitnehmer ersetzen und soll dies auch nicht.<sup>818</sup> Die neuen CSR-Bestrebungen können und sollen an dieser Stelle lediglich die sich wandelnde Einstellung in der Europapolitik hin zu einer sozial verträglichen und verantwortlichen Unternehmensleitung aufzuzeigen. Sie liefert mithin, wie eingangs bereits erwähnt, einen neuen Begründungsansatz für eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer.

Mitbestimmung ist ein Stück mehr Verantwortung in der Unternehmensleitung und bildet zudem einen notwendigen Gegenpol zu übermäßig ambitioniertem Gewinnstreben aggressiver Finanzinvestoren. Häufig ist nicht einmal nachvollziehbar, welche natürlichen Personen hinter einem Investment stecken. So sind *hedge funds* beispielsweise weit überwiegend an

---

<sup>807</sup> KOM (2011) 681 endgültig v. 25.10.2011, S. 5.

<sup>808</sup> KOM (2001) 366 endgültig v. 3.7.2001, S. 9 ff.

<sup>809</sup> KOM (2001) 366 endgültig v. 3.7.2001, S. 12 ff.

<sup>810</sup> KOM (2011) 681 endgültig v. 25.10.2011, S. 4.

<sup>811</sup> Spezielle Art von Investmentfonds; Englisch „*to hedge*“ = absichern.

<sup>812</sup> Gemeint sind „Kapitalbeteiligungsgesellschaften.“

<sup>813</sup> Siehe nur Kluge/Schömann, Transfer 2008, 13, 16; Feuchte, in: Ulshöfer/Feuchte (2011), 85, 90.

<sup>814</sup> Eine klare Positionierung zum stakeholder approach findet sich bei Vitols/Heuschmid (2012).

<sup>815</sup> Feuchte, in: Ulshöfer/Feuchte (2011), 85, 90 ff.

<sup>816</sup> Vgl. Feuchte, in: Ulshöfer/Feuchte (2011), S. 85, 90.

<sup>817</sup> Zu den Defiziten von CSR siehe nur Vitols/Heuschmid (2012), S. 15.

<sup>818</sup> Siehe die Bedenken bei Johnston, in: Vitols/Heuschmid (2012), S. 17, 35.

Offshore-Finanzplätzen angesiedelt. Von derartigen Finanzinvestoren kann man daher wohl kaum einen verantwortungsvollen Umgang mit Unternehmen und daran hängenden Arbeitsplätzen erwarten. Mit derartigen Finanzinvestoren verbindet man eher das Bild einer hungrigen Heuschrecke, die ein Unternehmen aussaugt und seine leere Hülle danach wieder ausspuckt. Dass einem solchen Finanzgebaren entgegengewirkt werden muss, steht außer Frage. Einen Ansatz zumindest kann und sollte eine Beteiligung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene darstellen.

#### 4. Zwischenergebnis: neue Begründungsansätze der Unternehmensmitbestimmung

Zur sozialen Dimension des Europäischen Binnenmarktes und zu den neuen Begründungsansätzen der Unternehmensmitbestimmung lassen sich die folgenden Feststellungen treffen:

Zunächst ist eine Trendwende von einer rein ökonomisch orientierten Marktwirtschaft zu einer sozialen Marktwirtschaft zu verzeichnen. Man möchte dem gefürchteten „*race to the bottom*“<sup>819</sup> entgegenwirken. Damit einhergehend lassen sich bezüglich der Diskussion um die unternehmerische Mitbestimmung von Arbeitnehmern auf europäischer Ebene zwei soziale Spielfelder ausmachen, die für eine Mitbestimmung auf Unternehmensebene sprechen: zum einen die sozialen Grundrechte, denen auch die sog. Arbeitnehmergrundrechte zuzuordnen sind, und zum anderen die zunehmend wichtiger werdende *Corporate Social Responsibility*.

Hinsichtlich der Begründungsansätze ist jedoch zwischen der deutschen und der europäischen Ebene zu unterscheiden. Während die Begründungsansätze auf deutscher Ebene eher konventioneller Natur sind, sind die Begründungsansätze auf europäischer Ebene, wie beispielsweise der CSR-Ansatz, sichtlich moderner. In den 1970ern wurde die Unternehmensmitbestimmung zumindest in Deutschland zunächst mit dem Ansatz der „Wirtschaftsdemokratie“ begründet.<sup>820</sup> Die Begründungsansätze wandelten sich in den folgenden Jahrzehnten über Mitbestimmung als „Mittel zur Absicherung politischer Demokratie“, Mitbestimmung als „Mittel der Arbeitnehmerinteressenvertretung“ und schließlich Mitbestimmung als „funktionales Mittel der wirtschaftlichen Effektivitätssteigerung durch Sicherung von sozialem Frieden, Verbesserung der Arbeitnehmermotivation, Ko-Management“.<sup>821</sup> Heute lassen sich zumindest auf europäischer Ebene zwei neue, moderne Begründungsansätze der Unternehmensmitbestimmung, nämlich ein grundrechtlicher auf Basis europäischer Grundrechte und ein CSR-Ansatz, ausmachen.

---

<sup>819</sup> Ziegler, in: Hatje/Terhechte (2004), 13, 14 unter Verweis auf *Barnard*, EL Rev 2000, S. 57 ff.

<sup>820</sup> Kluge/Schömann, Transfer 2008, 13, 16; Feuchte, in: Ulshöfer/Feuchte (2011), 85, 90.

<sup>821</sup> Feuchte, in: Ulshöfer/Feuchte (2011), 85, 90 unter Verweis auf *Kocka*, Magazin Mitbestimmung 04/2006, abrufbar unter: [http://www.boeckler.de/20163\\_20168.htm](http://www.boeckler.de/20163_20168.htm).

Beide Ansätze wurden bereits zur Begründung eines Rechts auf unternehmerische Mitbestimmung nutzbar gemacht. So arbeitete *Heuschmid* heraus, dass den Arbeitnehmern ein europäisches Grundrecht auf Beteiligung an Unternehmensentscheidungen zusteht.<sup>822</sup> Er verweist zudem darauf, dass „die Beteiligung der Arbeitnehmer an den Entscheidungsprozessen im Unternehmen inzwischen zu einem Eckpfeiler des sich abzeichnenden europäischen Sozialmodells geworden“ sei.

Einen weiteren neuen Begründungsansatz der Unternehmensmitbestimmung liefert die CSR. So konnte herausgearbeitet werden, dass eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene einen notwendigen Gegenpol zu immer aggressiver werdenden Finanzinvestoren im Bereich der Unternehmensleitung bilden kann und auch bilden sollte. Eine Strategie, die auf eine verantwortungsvollere Unternehmensführung ausgerichtet ist, beinhaltet daher einen neuen Begründungsansatz für die Unternehmensmitbestimmung.

Die beiden Begründungsansätze ergänzen sich. Während der grundrechtliche Ansatz bei dem einzelnen Arbeitnehmer und „seinem“ Recht auf Mitbestimmung ansetzt, setzt der CSR-Ansatz im Bereich der Unternehmensinteressen und den Interessen der gesamten Arbeitnehmerschaft am Erhalt „ihres“ Unternehmens an. Der grundrechtliche Ansatz ist demnach von individueller und der CSR-Ansatz von kollektiver Natur. In der Gesamtbetrachtung ist daher ein sowohl individuell als auch kollektiv herausgebildeter europäischer Begründungsansatz der Unternehmensmitbestimmung festzustellen.

### III. Mitbestimmung und Corporate Governance – Freund oder Feind?

#### 1. Begriffsbestimmungen und Ausgangspunkt der Governance-Diskussion

„Corporate Governance“ wird definiert als der rechtliche und faktische Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung eines Unternehmens.<sup>823</sup> Sie ist zwar derzeit vornehmlich ein Thema für börsennotierte Gesellschaften,<sup>824</sup> da nur in diesem Bereich verbindliche Vorschriften existieren,<sup>825</sup> dennoch sind die Erkenntnisse aus der Corporate Governance-Diskussion auch für den kapitalmarktfernen Bereich relevant. Daher können daraus auch für die SPE als Gesellschaft mit geschlossenem Gesellschafterkreis<sup>826</sup> und damit kapitalmarktferne Gesell-

---

<sup>822</sup> *Heuschmid* (2009), S. 259.

<sup>823</sup> v. *Werder*, in: *Ringleb u.a.*, 1. Teil Vorbem. Rn. 1.

<sup>824</sup> Siehe aber beispielsweise zur Diskussion im Nonprofit-Bereich: *Winkeljohann/Theuffel-Werhahn/Siebert*, in: *Corporate Finance* (2011), S. 227 ff.

<sup>825</sup> KOM (2011) 164 endgültig v. 5.4.2011, S. 4.

<sup>826</sup> Siehe Art. 3 Abs. 2a SPE-VOE U.

schaft Rückschlüsse gezogen werden. Im Fokus der hier betrachteten Governance-Diskussion steht allerdings entsprechend der Zielrichtung der vorliegenden Arbeit allein die Mitbestimmung der Arbeitnehmer.<sup>827</sup> Ein Indiz, dass die Auswirkungen von einer Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf die Governance von Unternehmen noch nicht abschließend beurteilt wurden, zeigt eine Betrachtung der nationalen Governance-Kodizes. Darin findet die Mitbestimmung oft keine oder lediglich beiläufige Erwähnung.<sup>828</sup>

Betrachtet werden daher im Folgenden die Auswirkungen, die die Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf die Corporate Governance eines Unternehmens haben kann. Aufgrund des Umfangs der Thematik, die allein geeignet ist, ganze Dissertationen zu füllen,<sup>829</sup> können an dieser Stelle nur die wesentlichen Aspekte herausgegriffen und für die vorliegende Arbeit fruchtbar gemacht werden.

Ausgangspunkt der Governance-Diskussion sind die Unternehmenszielbestimmung sowie die daran anknüpfenden Unternehmenstheorien. Die beiden Gegenpole der Zielorientierung bilden der *Shareholder Value-Approach* auf der einen und der *Stakeholder Value Approach* auf der anderen Seite.<sup>830</sup> *Shareholder* sind die Anteilseigner, *Stakeholder* alle Interessengruppen, deren Situation von der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens abhängt.<sup>831</sup> Nach der Definition würden daher auch die Anteilseigner darunter fallen, jedoch werden diese in der Diskussion meist ausschließlich den *Shareholdern* zugeordnet.<sup>832</sup> Zu den *Stakeholdern* zählen unter anderem die Arbeitnehmer, die vorliegend von besonderem Interesse sind.

Die Governance-Diskussion und die Betrachtung der Mitbestimmung innerhalb dieser Diskussion hängt daher entscheidend davon ab, welche Unternehmenszielorientierung man zugrunde legt. Während der ursprüngliche aus den USA stammende ein reiner *Shareholder-approach* ist, verfolgt man in Deutschland vornehmlich einen *Stakeholder-Approach*. Bei dem *Shareholder-Approach* bilden allein die Interessen der Anteilseigner das Unternehmensziel. Bei dem *Stakeholder-Approach* umfasst das Unternehmensziel zudem die Interessen aller an der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens Beteiligten. In Deutschland wurde der *Stakeholder-Approach* zumindest in der Präambel und in Ziffer 4.1.1. des DCGK verankert. Darin heißt es:

---

<sup>827</sup> Siehe Zielsetzung (S. 12 f.).

<sup>828</sup> Siehe Übersicht bei *Conchon* (2011), S. 21.

<sup>829</sup> *Brocker* (2006); *Raabe* (2011); *Weninger* (2011).

<sup>830</sup> Siehe zu Shareholders vs. Stakeholders: *Fleischer*, in: Hdb CG (2009), S. 185 ff.; *ders.*, NZG 2004, 1129, 1131; *Brocker* (2006), S. 21 ff.

<sup>831</sup> *Brocker* (2006), S. 21.

<sup>832</sup> *Brocker* (2006), S. 22.

*„Der Kodex verdeutlicht die Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat, im Einklang mit den Prinzipien der sozialen Marktwirtschaft für den Bestand des Unternehmens und seine nachhaltige Wertschöpfung zu sorgen (Unternehmensinteresse).“<sup>833</sup>*

*„Der Vorstand leitet das Unternehmen in eigener Verantwortung im Unternehmensinteresse, also unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, seiner Arbeitnehmer und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder) mit dem Ziel nachhaltiger Wertschöpfung.“<sup>834</sup>*

Der Konflikt zwischen dem *Shareholder*- und dem *Stakeholder*-Approach wird gern auch als ein solcher zwischen der angelsächsischen und der deutschen Konzeption verstanden.<sup>835</sup> Man muss entscheiden, ob man mit dem *Stakeholder*-Approach auf eine interne Kontrolle durch Aushandeln von Lösungen setzen möchte oder mit dem *Shareholder*-Approach auf eine externe Kontrolle und eine damit verbundene Marktlösung.<sup>836</sup> Beabsichtigt man eine verantwortungsvolle und nachhaltige Unternehmensführung, wie im Rahmen der CSR-Strategie von der Kommission gefordert, so kann diese nach hier vertretener Auffassung nur mittels des *Stakeholder*-Approach erreicht werden. Gerade in Zeiten zunehmend aggressiverer Finanzinvestoren, wie *hedge-funds* und *private equity*-Gesellschaften, kann eine solche Unternehmensführung nur durch eine interne Kontrolle sichergestellt werden.<sup>837</sup> Eine externe Kontrolle kann zwar zu höheren Gewinnen, aber aufgrund der persönlichen Emotionslosigkeit naturgemäß nicht in gleichem Maße zu einer verantwortungsvollen und nachhaltigen Unternehmensführung beitragen.

Der vorliegenden Arbeit wird daher der *Stakeholder*-Approach als Zielorientierung im europäischen Gesellschaftsrecht zugrunde gelegt.<sup>838</sup>

## 2. Europäischer Corporate Governance-Rahmen

Die Vorlage des Grünbuchs über einen europäischen Corporate Governance-Rahmen im April 2011<sup>839</sup> und die Vorlage eines neuen Aktionsplans zu den Themen Europäisches Ge-

---

<sup>833</sup> Auszug aus der Präambel des DCGK in der Fassung v. 15.05.2012, BAnz AT Nr. 120615 B1 S. 1.

<sup>834</sup> Ziffer 4.1.1 des DCGK in der Fassung v. 15.05.2012.

<sup>835</sup> Siehe nur *Nagel*, NZG 2007, 166.

<sup>836</sup> Siehe hierzu *Nagel*, NZG 2007, 166, 167 f.

<sup>837</sup> So wohl auch *Nagel*, NZG 2007, 166, 168.

<sup>838</sup> Ebenfalls pro stakeholder-approach in European company law: *Vitols/Heuschmid* (2012), S. 9 ff.

<sup>839</sup> KOM (2011) 164 endgültig v. 5.4.2011.

sellschaftsrecht und Corporate Governance im Dezember 2012<sup>840</sup> zeigen, dass Corporate Governance auch auf europäischer Ebene zu einem wichtigen Thema geworden ist.

Bereits in 2003 legte die Europäische Kommission einen Aktionsplan zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union vor.<sup>841</sup> In 2004 wurde von der Europäischen Kommission sodann das Europäische Corporate Governance Forum<sup>842</sup> eingerichtet,<sup>843</sup> dessen Mitglieder seit dem zwei- bis dreimal im Jahr zusammentreten, um eine gemeinsame Linie in die europäische Governance-Diskussion zu bringen. Bislang existieren verschiedene nationale Regelungen, jedoch kein einheitlicher europäischer Kodex. Die erste Kodifizierung von Corporate Governance-Regelungen erfolgte in 2002 mit dem Sarbanes Oxley Act in den USA. Dessen Entstehung wurde vornehmlich durch den sog. ENRON-Crash motiviert. ENRON war einer der größten Konzerne der USA, der im Strudel fortgesetzter Bilanzfälschungen unterging und damit den anlegerorientierten Kapitalmarkt der USA erschütterte.<sup>844</sup> Noch im selben Jahr erfolgte die Kodifizierung des Deutschen Corporate Governance Kodex. Dabei handelt es sich um sog. *soft law*,<sup>845</sup> das heißt Recht, das nicht zwingend ist. In Deutschland erfolgt die Anknüpfung an Gesetzesrecht durch § 161 AktG. Danach ist eine Erklärung zum Corporate Governance Kodex dahingehend abzugeben, dass den Empfehlungen entsprochen wurde oder wenn ihnen nicht entsprochen wurde, warum nicht („*comply or explain*“).<sup>846</sup>

### 3. Corporate Governance als neuer Ansatz der Mitbestimmungskritiker

In der Corporate Governance-Diskussion der frühen 2000er sahen die Mitbestimmungsgegner einen neuen Kritikansatz an der Mitbestimmung auf Unternehmensebene, nachdem sie mit ihrer Kritik in den 1970er nicht durchdringen konnten.<sup>847</sup>

In beiden Phasen wurde eine Mitbestimmungskommission unter Leitung von *Kurt Biedenkopf* eingesetzt. Die *Biedenkopf-Kommission I* legte im Jahr 1970 ihren Bericht vor,<sup>848</sup> dessen Ergebnisse in das Mitbestimmungsgesetz 1976 einfließen.<sup>849</sup> Der Sieg der Mitbestimmungs-

---

<sup>840</sup> COM (2012) 740/2 v. 12.12.2012.

<sup>841</sup> KOM (2003) 284 endgültig v. 21.5.2003.

<sup>842</sup> Internetauftritt: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/ecgforum/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/ecgforum/index_de.htm).

<sup>843</sup> IP/04/1241 v. 18.10.2004.

<sup>844</sup> *Winkeljohann/Theuffel-Werhahn/Siebert*, in: *Corporate Finance* (2011), S. 227.

<sup>845</sup> Siehe zur Diskussion um den Begriff *Brocker* (2006), S. 84 f.

<sup>846</sup> v. *Werder*, in: *Ringleb u.a.*, Präambel Rn. 121.

<sup>847</sup> Vgl. *Girndt*, „Planspiele zur Abschaffung der Mitbestimmung“, *Magazin Mitbestimmung* 01+02/2004; zu den „Konturen der neuen Mitbestimmungsdiskussion“ *Krause*, AG 2012, 485, 486.

<sup>848</sup> Bericht *Biedenkopf-Kommission I* (1970), BT-Drs. VI/334 Teil II B.I.

<sup>849</sup> Bericht *Biedenkopf-Kommission II* (2006), S. 7.



befürworter in den 1970er Jahren wurde durch das Mitbestimmungsurteil des BVerfG vom 1. März 1979<sup>850</sup>, in dem die Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes 1976 festgestellt wurde, besiegelt. In den frühen 2000ern begann mit der Governance-Diskussion um den DCGK aus 2002 und den Aktionsplan der EU aus 2003<sup>851</sup>. Ihren Höhepunkt erreichte die Kritikwelle in 2006. In 2006 legte die *Biedenkopf*-Kommission II ihren Abschlussbericht vor<sup>852</sup>, der jedoch aufgrund der Abstimmungsschwierigkeiten zwischen Beteiligten der Arbeitnehmer- und der Arbeitgeberseite nur von den wissenschaftlichen Mitgliedern der Kommission getragen wurde.<sup>853</sup> Diese machten darin Vorschläge zur Weiterentwicklung der Unternehmensmitbestimmung, sahen jedoch auch und gerade vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Auswirkungen der Unternehmensmitbestimmung keinen Grund, der Bundesregierung eine grundlegende Revision der deutschen Unternehmensmitbestimmung vorzuschlagen.<sup>854</sup> Symptomatisch für das Schicksal der Mitbestimmungsdiskussion im Jahr 2006 war der 66. Deutsche Juristentag, auf dem in der Abteilung Arbeitsrecht keine Beschlüsse zum Thema „Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen“<sup>855</sup> gefasst werden konnten, da die Ansichten darüber zu weit auseinander lagen.<sup>856</sup>

Einen weiteren kritischen Ansatz bildet die Nichteinbeziehung von Auslandsbelegschaften in die deutsche Unternehmensmitbestimmung.<sup>857</sup> In der Nichteinbeziehung werden eine Verletzung des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbots sowie eine unzulässige Beschränkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer gesehen.<sup>858</sup> Allerdings wurde diese Kritik weder in dem Grünbuch Corporate Governance aus dem Jahr 2011<sup>859</sup> noch in der öffentlichen Konsultation im Februar 2012<sup>860</sup> aufgegriffen.<sup>861</sup> Aufgrund der Beschränkung der Kritik auf die deutsche Unternehmensmitbestimmung wird diese Problematik auch in der vorliegenden Arbeit nicht näher beleuchtet. Dennoch soll an dieser Stelle klargestellt werden, dass eine Mitbestimmungslösung in der SPE zwingend alle Arbeitnehmer der Gesellschaft unabhängig von ihrem Einsatzort einbeziehen muss.

---

<sup>850</sup> BVerfGE 50, 290.

<sup>851</sup> KOM (2003) 284 endgültig v. 21.5.2003.

<sup>852</sup> Bericht der „Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung“ (*Biedenkopf*-Kommission II), 2006; kritisch hierzu *Loritz*, ZfA 2009, 477, 485 ff.

<sup>853</sup> Bericht *Biedenkopf*-Kommission II (2006), S. 7.

<sup>854</sup> Bericht der *Biedenkopf*-Kommission II (2006), S. 12.

<sup>855</sup> Siehe auch das Gutachten von *Raiser*, Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, Gutachten B auf dem 66. Deutschen Juristentag (2006).

<sup>856</sup> Beschlüsse des 66. DJT (2006), S. 6; abrufbar unter: [http://www.djt.de/fileadmin/downloads/66/66\\_DJT\\_Beschluesse.pdf](http://www.djt.de/fileadmin/downloads/66/66_DJT_Beschluesse.pdf).

<sup>857</sup> Hierzu ablehnend, aber ausführlich berichtend *Krause*, AG 2012, 485.

<sup>858</sup> *Hellwig/Behme*, AG 2009, 261, 264 ff.; *Rieble/Latzel*, EuZA 2011, 145, 149 ff..

<sup>859</sup> Siehe hierzu Teil 2, § 1 A. III. 2. (S. 141).

<sup>860</sup> Siehe hierzu Teil 1, § 2 E. (S. 44 f.).

<sup>861</sup> *Krause*, AG 2012, 485, 487.

Der zweite Versuch der Gegner der deutschen Mitbestimmung blieb daher ebenfalls erfolglos. Was hingegen nachhallt, sind die Kritikpunkte der Mitbestimmungsgegner im Zusammenhang von Corporate Governance und Mitbestimmung. Mit diesen gilt es sich im Folgenden auseinanderzusetzen.

#### **4. Auswirkungen der Unternehmensmitbestimmung auf die Governance-Diskussion**

Die folgenden Ausführungen zu den Auswirkungen der Unternehmensmitbestimmung auf die Governance-Diskussion beziehen sich auf Deutschland. Allerdings können die darin gewonnenen Erkenntnisse auf die europäische Ebene übertragen werden, da Deutschland der Mitgliedstaat mit der weitreichendsten Form der Mitbestimmung ist. Daher dürften sich sowohl positive als auch negative Implikationen, die durch die Mitbestimmung hervorgerufen werden, am ehesten in Deutschland zeigen. Im Fokus der Betrachtung steht eine mitbestimmte deutsche Aktiengesellschaft, da diese zum einen aufgrund der Größe am ehesten der Mitbestimmung unterliegt und zum anderen bereits von Hause aus die in Deutschland übliche duale Leitungsstruktur bestehend aus Vorstand und Aufsichtsrat hat.

##### **a) Exkurs: Professionalisierung des Aufsichtsrates**

Die beiden wesentlichen Funktionen des Aufsichtsrates einer deutschen Aktiengesellschaft sind die Personalzuständigkeit für den Vorstand<sup>862</sup> und die Überwachung der Geschäftsführung<sup>863</sup>.

Seit Ende der 1990er Jahre ist ein zunehmender Trend zur Professionalisierung der Aufsichtsratsarbeit zu verzeichnen.<sup>864</sup> Hintergrund ist die Kritik an der Qualität der Aufsichtsratsarbeit.<sup>865</sup> Im Zuge der Professionalisierung wurde das deutsche Aktiengesetz durch zahlreiche Änderungsgesetze (z.B. KonTraG aus 1998<sup>866</sup>, TransPuG aus 2002<sup>867</sup>, BilMoG aus 2009<sup>868</sup> und VorstAG aus 2009<sup>869</sup>) modifiziert. Dieser Professionalisierungstrend entspringt der Corporate Governance-Diskussion und wurde in Zeiten der Finanzkrise ebenso wie die

---

<sup>862</sup> § 84 AktG.

<sup>863</sup> § 111 AktG.

<sup>864</sup> Zur Professionalisierung der Aufsichtsräte siehe auch *Prange*, in: Handelsblatt v. 11.07.2009 „Aufsichtsrat Ahnungslos“.

<sup>865</sup> Siehe nur *Loritz*, ZfA 2009, 477.

<sup>866</sup> BGBl. 1998 I Nr. 24 v. 30.04.1998, S. 786 ff.

<sup>867</sup> BGBl. 2002 I Nr. 50 v. 25.07.2002, S. 2681 ff.

<sup>868</sup> BGBl. 2009 I Nr. 27 v. 28.05.2009, S. 1102 ff.

<sup>869</sup> BGBl. 2009 I Nr. 50 v. 04.08.2009, S. 2509 ff.

gesamte Corporate Governance-Diskussion weiter vorangetrieben. Inhaltlich sind neben Haftungsverschärfungen<sup>870</sup> weitere Anforderungen, namentlich der sog. „Financial Expert“ im Zuge des BilMoG<sup>871</sup>, hinzugetreten. Von diesem Professionalisierungstrend<sup>872</sup> sind allerdings nicht nur Arbeitnehmervertreter, sondern auch Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat betroffen. Gerade im Bereich von als risikoträchtig eingestuften Finanzanlageentscheidungen<sup>873</sup> bedarf es einer kritischen Beurteilung. Diese kritische Beurteilung kann durch verschärfte Haftungsanforderungen sichtlich motiviert werden. Gerade vor dem Hintergrund immer komplexerer Finanzprodukte sind nicht nur Vorstände und Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften, sondern auch Leitungs- und Aufsichtsgremien anderer Rechtsformen zunehmend stärker in der Pflicht.<sup>874</sup>

Eine Professionalisierung der Aufsichtsrats Tätigkeit ist nach hier vertretener Ansicht zu begrüßen und stellt keineswegs eine Inkompatibilität zu Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat dar, da sowohl Arbeitnehmer- als auch Anteilseignervertreter gleichermaßen davon betroffen sind. Im Zuge der Professionalisierung sollte man daher für beide Gruppen verstärkte Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen vorsehen. Einen ersten Ansatz in dieser Richtung sieht die aktuelle Fassung des DCGK vom 15. Mai 2012 in Ziffer 5.4.5 bereits vor. Darin heißt es

*„Die Mitglieder des Aufsichtsrats nehmen die für ihre Aufgaben erforderlichen Aus- und Fortbildungsmaßnahmen eigenverantwortlich wahr. Dabei sollen sie von der Gesellschaft angemessen unterstützt werden.“*

Ein weiterer Aspekt, der für eine verstärkte Beteiligung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat spricht, ist der *Diversity*-Aspekt, der zudem in Ziffer 5.4.1 DCGK aufgeführt wird. Darin heißt es

*„Der Aufsichtsrat soll für seine Zusammensetzung konkrete Ziele benennen, die unter Beachtung der unternehmensspezifischen Situation die internationale Tätigkeit des Unternehmens, potentielle Interessenkonflikte, die Anzahl der unabhängigen Aufsichtsratsmitglieder im Sinn von Nummer 5.4.2, eine festzulegende Altersgrenze für Aufsichtsratsmitglieder und Vielfalt (Diversity) berücksichtigen. Diese konkreten Ziele sollen insbesondere eine angemessene Beteiligung von Frauen vorsehen.“*

An dieser Stelle ist daher festzuhalten, dass die zunehmende Professionalisierung der Aufsichtsrats Tätigkeit der Beteiligung von Arbeitnehmervertretern keinesfalls entgegensteht. Zu-

---

<sup>870</sup> Siehe nur § 116 AktG.

<sup>871</sup> § 100 Abs. 5 AktG.

<sup>872</sup> Siehe hierzu auch Krause, AG 2012, 485, 486 mwN.

<sup>873</sup> Siehe Prange, in: Handelsblatt v. 11.07.2009 „Aufsichtsrat Ahnungslos“.

<sup>874</sup> Zur Risiken der Finanzanlage für Stiftungsorgane siehe Theuffel-Werhahn/Siebert, ZStV 2013, 1.

dem wird das Erfordernis von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat durch den ebenfalls zunehmenden *Diversity*-Aspekt bei der Besetzung von Leitungs- und Kontrollgremien bestärkt.<sup>875</sup> Schließlich ist nicht nur eine Vielfalt im Hinblick auf die Geschlechterverteilung, sondern auch im Hinblick auf die Interessenvertreter in diesen Gremien erstrebenswert.

### **b) Beurteilung anhand der einzelnen Unternehmenstheorien**

Nähert man sich der Frage nach der Beurteilung der Unternehmensmitbestimmung im Rahmen der Corporate Governance, so hängt die Beurteilung entscheidend davon ab, welche Unternehmenstheorie man zugrunde legt.<sup>876</sup> *Pistor* setzt sich in ihrem Beitrag ausführlich mit den einzelnen Unternehmenstheorien auseinander, die sich in ökonomische (Principal-Agent Theorie, das Unternehmen als Nexus von Verträgen, Theorie vom Unternehmenseigentum und Property Rights Theorie) und soziologische (Partizipations- und Kooperationstheorien und Systemtheorien) unterteilen lassen.<sup>877</sup> In der Quintessenz<sup>878</sup> des Beitrages von *Pistor* kann man festhalten, dass nach den ökonomischen Theorien die Kosten der Mitbestimmung ihren Nutzen übersteigen, wobei die wesentlichen Kosten in den höheren Entscheidungsfindungskosten durch die Beteiligung der Arbeitnehmer gesehen werden. Die soziologischen Theorien verweisen hingegen auf den Nutzen, der den Unternehmen durch die Kooperation entsteht, und auf die Kosten, die durch eine im Einvernehmen mit den Arbeitnehmern getroffene Entscheidung bei der Umsetzung der Entscheidung eingespart werden können. Eine Entscheidung darüber, ob Unternehmensmitbestimmung im Rahmen der Corporate Governance positiv oder negativ zu bewerten ist, kann daher allein anhand der Unternehmenstheorien nicht getroffen werden, da das Ergebnis davon abhängt, welcher Theorie man folgt.

### **c) Beurteilung unter dem Blickwinkel der Effizienz bzw. des Unternehmenswerts**

Ein ähnliches Bild bieten die Untersuchungen zur Effizienz bzw. dem Wert von Unternehmen, die der Unternehmensmitbestimmung unterliegen. Während Studien aus dem Lager der Mitbestimmungsgegner deren negative Auswirkung auf die Effizienz oder den Wert des

---

<sup>875</sup> Siehe zur aktuellen Diskussion *Habersack*, Gutachten zum 69. Deutschen Juristentag, München 2012.

<sup>876</sup> *Pistor*, in: Hdb CG (2009), S. 231, 232.

<sup>877</sup> *Pistor*, in: Hdb CG (2009), S. 231, 235 ff.

<sup>878</sup> Siehe *Pistor*, in: Hdb CG (2009), S. 231, 244.

Unternehmens belegen,<sup>879</sup> belegen die Studien aus dem Lager der Mitbestimmungsbefürworter genau das Gegenteil<sup>880</sup> oder zumindest, dass Mitbestimmung keine negativen Auswirkungen auf den Unternehmenswert hat.<sup>881</sup> Eine ausführliche Auseinandersetzung mit den bislang durchgeführten quantitativen Studien über die Unternehmensmitbestimmung findet sich bei *Raabe*,<sup>882</sup> der jedoch die Undifferenziertheit der Analyse des Mitbestimmungssystems in den Studien insgesamt kritisch anmerkt.<sup>883</sup> Zu dem Ergebnis, dass kein schlüssiger Beweis für den Zusammenhang von Mitbestimmung und Unternehmensperformance vorliegt, gelangt auch *Conchon*, die sich mit den bis 2011 einschließlich durchgeführten ökonometrischen Studien eindringlich auseinandergesetzt hat.<sup>884</sup>

*Loritz*<sup>885</sup> ist hingegen der Ansicht, dass man sich mit der Qualität des Aufsichtsratshandelns und damit einhergehend mit der Effektivität des Aufsichtsrates auseinandersetzen muss, obwohl Studien keine negativen Auswirkungen der Unternehmensmitbestimmung auf selbige belegten.<sup>886</sup> In der Finanzkrise seien überwiegend mitbestimmte Unternehmen durch Fehlverhalten und Fehlinvestments aufgefallen, so dass er die Frage nach der Qualität des Aufsichtsratshandelns und dem Einfluss der paritätischen Mitbestimmung auf diese aufwirft.<sup>887</sup> Bei dem Vorwurf, dass überwiegend mitbestimmte Unternehmen negativ aufgefallen seien, lässt er außer Acht, dass die überwiegende Zahl deutscher Großunternehmen allein aufgrund ihrer Größe mitbestimmt ist. Daher lässt sich nicht zwingend ein Zusammenhang zwischen der Mitbestimmung und einem etwaigem Fehlverhalten, sondern lediglich ein Zusammenhang zwischen Großunternehmen und einem etwaigen Fehlverhalten in der Finanzkrise feststellen.

Zuzustimmen ist *Loritz* dahingehend, dass er den Aufsichtsrat stärker in der Pflicht sieht, gerade auch seine präventiven Kontrollmöglichkeiten stärker und effektiver auszunutzen.<sup>888</sup> Dieser Appell ist jedoch sowohl an die Arbeitnehmer- als auch an die Anteilseignervertreter zu richten. Unverständlich bleibt hingegen, warum *Loritz* der Ansicht ist, dass Anteilseignervertreter qualifizierter sein sollen als Arbeitnehmervertreter, obwohl er selbst kritisch die Fra-

---

<sup>879</sup> So z.B. Gorton/Schmid (2004); siehe zu dieser Studie *Pistor*, in: Hdb CG (2009), S. 231, 246 f. oder auch *Raabe* (2010), S. 69 ff.

<sup>880</sup> So z.B. *Vitols* (2006); siehe zu dieser Studie *Pistor*, in: Hdb CG (2009), 231, 247 f.

<sup>881</sup> So z.B. *Kraft/Ugarkovic* (2006); siehe zu dieser Studie *Raabe* (2010), S. 69 ff.

<sup>882</sup> *Raabe* (2010), S. 66 ff.

<sup>883</sup> *Raabe* (2010), S. 66.

<sup>884</sup> *Conchon* (2011), S. 16 ff.

<sup>885</sup> *Loritz*, ZfA 2009, 477.

<sup>886</sup> *Loritz*, ZfA 2009, 477, 480.

<sup>887</sup> *Loritz*, ZfA 2009, 477, 480 f.

<sup>888</sup> *Loritz*, ZfA 2009, 477, 497.

ge in den Raum stellt, „wie viel Prozent der Aktionärsvertreter im Aufsichtsrat im „Lesen“ von Jahresabschlüssen wirklich „sattelfest“ sind“<sup>889</sup>.

#### d) Kritikpunkte der Mitbestimmungsgegner

Die Folgen der Wirtschaftskrise nahm die Stiftung Marktwirtschaft<sup>890</sup> zum Anlass und veranstaltete in 2010 eine Tagung in Berlin zum Thema „Die deutsche Mitbestimmung – Stärke oder Schwäche in der Krise“.<sup>891</sup> Im Rahmen der Tagung wurde insbesondere das Thema Mitbestimmung und Corporate Governance erörtert. *Dietmar Hexel*, DGB-Bundesvorstand, als prominenter Vertreter aus dem Interessenlager der Arbeitnehmer verwies auf die in 2009 überarbeitete Fassung des Deutschen Corporate Governance Kodex und dessen stärkere *Stakeholder*-Orientierung sowie auf die positiven Aspekte der Mitbestimmung in Krisenzeiten. *Volker Rieble* hingegen verwies darauf, dass Mitbestimmung kein Governance-Element sei, sondern sich in die Governance eines Unternehmens einzufügen habe. Des Weiteren verwies er auf kritische Aspekte der Mitbestimmung im Rahmen von Corporate Governance, wie beispielsweise die nicht hinreichende Unabhängigkeit von Arbeitnehmervetretern.

Kritik an der Unternehmensmitbestimmung im Hinblick auf Corporate Governance kommt insbesondere von dem Berliner Netzwerk Corporate Governance.<sup>892</sup> So stellte das Netzwerk auf der von ihm im Dezember 2003 veranstalteten Tagung zum Thema „Corporate Governance und Modernisierung der Mitbestimmung“<sup>893</sup> 12 Thesen zur Modernisierung der Mitbestimmung vor.<sup>894</sup> Ein Kernelement der Thesen war die Forderung nach einer neuen Platzierung der Unternehmensmitbestimmung. Diese sei im Aufsichtsrat falsch platziert. Angeregt wurde stattdessen die Platzierung innerhalb eines Konsultationsrates. Dieser Vorschlag rief

---

<sup>889</sup> *Loritz*, ZfA 2009, 477, 511.

<sup>890</sup> Vorbereitend zu der Veranstaltung siehe die Studie der Stiftung Marktwirtschaft „Unternehmensmitbestimmung ohne Zwang“ (2007).

<sup>891</sup> Tagungsbericht sowie die Vorträge von *Hexel* und *Rieble* abrufbar unter <http://www.stiftung-marktwirtschaft.de/wirtschaft/veranstaltungen/tagungen/02032010brdie-deutsche-mitbestimmung-staerke-oder-schwaeche-in-der-krise.html>.

<sup>892</sup> Mitglieder: Prof. Dr. Dr. Christian Kirchner, Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Franz Jürgen Säcker, Prof. Dr. Joachim Schwalbach, Prof. Dr. Eberhard Schwark, Prof. Dr. Axel v. Werder, Prof. Dr. Christine Windbichler.

<sup>893</sup> <http://www.zaar.uni-muenchen.de/download/doku/gesetzgebung/mitbestimmung/mitbestimmung.pdf>.

<sup>894</sup> Abgedruckt in AG 2004, 200.

vehemente Kritik aus dem Gewerkschaftslager hervor, welches eine Mitbestimmung am Katzenstisch sogleich unisono ablehnte.<sup>895</sup>

Mit seiner Forderung nach Verlagerung der Mitbestimmung in einen Konsultationsrat als separates Gremium bringt das Berliner Netzwerk Corporate Governance deutlich zum Ausdruck, dass eine Mitbestimmung aus Governance-Aspekten im Aufsichtsrat untragbar sei. Zur Begründung der notwendigen Verlagerung werden die aus der Governance-Diskussion bekannten Kritikpunkte, die nachfolgend näher betrachtet werden, angeführt. Erstaunlich ist jedoch, dass nach These 9 des Berliner Netzwerkes die Einbeziehung der Arbeitnehmer bei Unternehmensentscheidungen Bestandteil guter Corporate Governance sein soll, diese aber gleichzeitig zu einem reinen Informationsrecht in einem separaten Gremium degradiert werden soll.

Inhaltlich werden von den Mitbestimmungsgegnern im Hinblick auf Mitbestimmung und Governance als Hauptkritikpunkte die fehlende Unabhängigkeit der Arbeitnehmervertreter, ihrerseits bestehende Interessenkonflikte sowie die mangelhafte Qualifikation der Arbeitnehmervertreter angeführt. Daneben werden Kommunikationsdefizite und eine funktionswidrige Größe des Aufsichtsrats nach momentaner Mitbestimmungssituation in Deutschland als weitere Kritikpunkte genannt.

### **aa) Fehlende Unabhängigkeit**

Nach Ansicht der Mitbestimmungsgegner fehlt Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat die nötige Unabhängigkeit, da sie selbst in einer vertraglichen Beziehung zu dem Unternehmen stehen und mithin ein Eigeninteresse an Bestand und Fortentwicklung ihres Vertrages haben.<sup>896</sup> Sie seien daher nicht in der Lage, die Interessen des Unternehmens unvoreingenommen zu vertreten.

Trotz der arbeitsvertraglichen Bindung hat man sich bewusst für eine Ausnahme von der uneingeschränkten Unabhängigkeit zugunsten der Arbeitnehmervertreter entschieden. So findet sich weder im deutschen Aktiengesetz<sup>897</sup> noch im DCGK<sup>898</sup> eine Unvereinbarkeit von

---

<sup>895</sup> Siehe hierzu nur *Girndt*, „Planspiele zur Abschaffung der Mitbestimmung“, Magazin Mitbestimmung 01+02/2004 oder *Finthammer*, im Deutschlandradio am 9.11.2004, abrufbar unter <http://www.dradio.de/dlf/sendungen/hintergrundpolitik/320354/>.

<sup>896</sup> Siehe *Brocker* (2006), S. 201.

<sup>897</sup> In § 105 Abs. 1 AktG lediglich Unvereinbarkeit von Zugehörigkeit zu Vorstand und Aufsichtsrat.

<sup>898</sup> Eine generelle Unvereinbarkeit liefert auch Nr. 5.4.2 DCGK nicht.

Arbeitnehmerstellung und Aufsichtsratsmandat. Selbst in den Sarbanes Oxley Act<sup>899</sup> wurde eine Ausnahmeregelung zugunsten der Arbeitnehmervertreter aufgenommen, da sonst eine Listung deutscher Unternehmen, die der Mitbestimmung unterliegen, aufgrund der strengen Anforderungen der SEC (U.S. Securities and Exchange Commission<sup>900</sup> = Börsenaufsicht der USA) nicht möglich gewesen wäre.<sup>901</sup> Eine Ausnahme zugunsten von Arbeitnehmervertretern findet sich zudem aus Sicht der EU in der Empfehlung der Kommission 2005/162/EG.<sup>902</sup>

Selbst wenn diese Ausnahmeregelungen auf ein Bestreben seitens der deutschen Bundesregierung oder sonstiger Interessengruppen zurückzuführen sind, belegt ihre Einführung, dass die vertragliche Bindung der Arbeitnehmervertreter der Ausübung eines Aufsichtsratsmandates nicht entgegensteht. Schließlich kann eine Interessengruppe, der an einem langfristigen Bestand und einer Fortentwicklung des Unternehmens gelegen ist, besser die Interessen des Unternehmens vertreten als eine Gruppe, der der langfristige Bestand eines Unternehmens gleichgültig ist. Als positives Beispiel für genau diesen Effekt führt *Raabe* die Rover-Krise Ende der 1990er Jahre an. *Raabe* hat in seiner Arbeit mitbestimmte Aufsichtsräte deutscher DAX30-Unternehmen analysiert,<sup>903</sup> indem er Insider in Form von Mitgliedern von Aufsichtsräten und Vorständen sowie Aufsichtsratsexperten interviewte. Im Zusammenhang mit der Rover-Krise führt *Raabe* als Ergebnis seiner Befragung an, „dass es die Arbeitnehmervertreter waren, die im BMW-Aufsichtsrat auf eine ausreichende Ausstattung des Unternehmens mit Eigenkapital gedrungen haben, um den langfristigen Bestand von BMW zu sichern“.<sup>904</sup> Ein Beispiel, das belegt, dass ein gewisses Eigeninteresse am Fortbestand des Unternehmens durchaus positiv sein kann. Das Kriterium der Unabhängigkeit im Rahmen einer guten Corporate Governance sollte man daher, wie mit den oben genannten Ausnahmeregelungen geschehen, einschränken, statt auf einer uneingeschränkten Unabhängigkeit zu beharren. Diese ist nicht zwingend ein Zeichen guter Corporate Governance, wie das Beispiel der Arbeitnehmervertreter belegt.

---

<sup>899</sup> Problematik konzentriert sich auf die Unabhängigkeitsanforderungen von Sec. 301 SOA an Mitglieder von Audit Committees (Prüfungsausschüsse des Aufsichtsrats). Durch die SEC wurde eine Ausnahmeregelung für Arbeitnehmervertreter geschaffen. Voraussetzung dafür war die Aufnahme eines Schutzes vor diskriminierenden Kündigungen in Deutschland für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat. Diesen enthält § 26 MitbestG.

<sup>900</sup> Homepage: [www.sec.gov](http://www.sec.gov).

<sup>901</sup> Siehe ausführlich zu SOA und deutsche Mitbestimmung: *Krause*, WM 2003, 762; ausführlich zur Problematik: insgesamt *Brocker* (2006), S. 194 ff.; *Raabe* (2011), S. 181 ff.

<sup>902</sup> KOM (2005) 162 endgültig v. 15.2.2005, Anhang II Nr. 1 lit. b.

<sup>903</sup> *Raabe* (2011), S. 21 f.

<sup>904</sup> *Raabe* (2011), S. 139.



## **bb) Bestehende Interessenkonflikte**

Die Mitbestimmungsgegner bemängeln darüber hinaus Interessenkonflikte, die sich aus der Doppelstellung der Arbeitnehmervertreter als Organmitglied einerseits und als Arbeitnehmer, Betriebsratsmitglied oder Gewerkschaftsvertreter andererseits ergeben.<sup>905</sup>

Thematisch werden im Zusammenhang mit Interessenkonflikten der Arbeitnehmervertreter insbesondere tarifpolitische Entscheidungen<sup>906</sup>, betriebsverfassungsrechtliche Entscheidungen sowie die Verschwiegenheitspflicht von Arbeitnehmervertretern<sup>907</sup> angeführt.<sup>908</sup> Interessenkonflikte können daher insbesondere im Rahmen von Tarifverhandlungen und Entscheidungen über Restrukturierungen von Unternehmen auftreten. Die Verschwiegenheitspflicht betrifft grundsätzlich alle Themenbereiche.

Man befürchtet zum einen, Arbeitnehmervertreter könnten nicht unbefangen entscheiden, da sie selbst in ihrer Position als Arbeitnehmer betroffen sind.<sup>909</sup> Zum anderen befürchtet man, dass Informationen, die auch die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat frühzeitig erlangen, zu einem Zeitpunkt an die Arbeitnehmerschaft weitergetragen werden könnten, in dem dies nicht erwünscht ist.<sup>910</sup> Diese Befürchtung unterstellt jedoch, dass Arbeitnehmervertreter gegen ihre Verschwiegenheitspflicht aus § 116 S. 2 AktG verstoßen. Des Weiteren unterstellt diese Behauptung, dass Arbeitnehmervertreter eher als andere Aufsichtsratsmitglieder Informationen weitergeben.<sup>911</sup> Fest steht zwar, dass Indiskretion ein wesentliches Defizit der Arbeit deutscher Aufsichtsräte darstellt,<sup>912</sup> nicht fest steht hingegen die Annahme, dass diese Indiskretionen vorwiegend aus dem Arbeitnehmerlager stammen. So sind es nicht zwangsläufig Arbeitnehmer, die der Presse vertrauliche Informationen zuspielen. Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Aufsichtsräten ist zwar Teil, aber nicht Ursache des Problems.<sup>913</sup> Folglich steht eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat einer guten Corporate Governance nicht entgegen. Eine vertrauensvolle Zusammenarbeit sollte vielmehr die Basis für alle Mitglieder des Aufsichtsrats sein.

Ihren Gipfel findet die Diskussion um Interessenkonflikte von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat in Gewerkschaftsvertretern. Diese weisen nicht nur eigene Interessen auf, die mit den Interessen des Unternehmens korrelieren könnten, sondern werden insgesamt als Ge-

---

<sup>905</sup> Weninger (2011), S. 5.

<sup>906</sup> Siehe Weninger (2011), S. 57 ff.

<sup>907</sup> Siehe Weninger (2011), S. 275 ff.

<sup>908</sup> Siehe Brocker (2006), S. 201 ff.

<sup>909</sup> Vgl. Brocker (2006), S. 201 f.

<sup>910</sup> Vgl. Brocker (2006), S. 204 f.; Weninger (2011), S. 275.

<sup>911</sup> Siehe hierzu Raabe (2011), S. 215 mwN.

<sup>912</sup> Raabe (2011), S. 236 mit zahlreichen Beispielen auf S. 225 ff.

<sup>913</sup> Raabe (2011), S. 253.

genspieler gesehen. Insbesondere der Fall „*Bsirske*“ erregte in 2003 Aufsehen.<sup>914</sup> *Frank Bsirske* war und ist Vorsitzender der Vereinigten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) und gleichzeitig stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender der Lufthansa AG. In seiner Funktion als Gewerkschaftsfunktionär soll er zu Warnstreiks bei den Betreibergesellschaftern der Flughäfen Frankfurt am Main, Fraport AG, und München, Flughafen München GmbH, aufgerufen haben. In Folge der Streiks kam es zu Flugausfällen und mithin zu finanziellen Einbußen der Lufthansa AG in Millionenhöhe. Allerdings hatte letztlich nicht *Bsirske*, sondern der zuständige Bundesfachbereichsleiter von ver.di, *Kahmann*, zu den Warnstreiks aufgerufen. Daher waren diese im Ergebnis nicht von *Bsirske* zu verantworten.<sup>915</sup> Dennoch verbleibt ein negativer Beigeschmack. Der Berücksichtigung von Gewerkschaftsvertretern sollte aufgrund dessen besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden, um derartige Friktionen zu vermeiden. Eine Akzeptanz von Arbeitnehmervertretern in Aufsichtsräten dürfte man durch derartige Negativschlagzeilen sicher nicht fördern.

### cc) Mangelnde Qualifikation

Gewerkschaftsvertretern ist aufgrund ihrer Erfahrung und Expertise dennoch ein wichtiger Stellenwert beizumessen. Gerade im Zusammenhang mit der von Mitbestimmungsgegnern kritisierten mangelhaften Qualifikation von Arbeitnehmervertretern. Dem Qualifikationsaspekt allein sollte man jedoch keinen allzu großen Stellenwert beimessen, da insoweit keine normativen Vorgaben für Aufsichtsratsmitglieder existieren<sup>916</sup>. Das Aktiengesetz schreibt lediglich vor, dass die Mitglieder voll geschäftsfähig sein müssen.<sup>917</sup> Der DCGK geht in Nr. 5.4 darüber hinaus und nimmt fachliche Qualifikationen der Aufsichtsratsmitglieder in Bezug.<sup>918</sup> Bindende Vorgaben sind der Regelung jedoch nicht zu entnehmen.

Sofern man über die etwa von *Loritz* geäußerte Kritik an der Qualität des Aufsichtsratshandelns aufgreift<sup>919</sup> und der Forderung nach einer weiteren Professionalisierung der Aufsichtsräte nachkommt,<sup>920</sup> betrifft dies nach hier vertretener Ansicht Arbeitnehmer- und Anteilseignervertreter gleichermaßen. Allerdings sollten in diesem Rahmen keine höheren Anforderungen an die Vertreter gestellt werden, sondern für mehr Fortbildungsmöglichkeiten Sorge ge-

---

<sup>914</sup> Siehe ausführlich *Brocker* (2006), S. 207 f.; *Raabe* (2011), S. 179 ff.

<sup>915</sup> Siehe *Raabe* (2011), S. 180.

<sup>916</sup> Siehe *Brocker* (2006), S. 189.

<sup>917</sup> § 100 Abs. 1 S. 1 AktG; siehe hierzu auch *Kremer*, in: *Ringleb u.a.*, Rn. 1015.

<sup>918</sup> Siehe hierzu im Einzelnen *Kremer*, in: *Ringleb u.a.*, Rn. 1017 ff.

<sup>919</sup> Siehe oben Teil 2, § 1 A. III. 4. (Fn. 885).

<sup>920</sup> Siehe oben Teil 2, § 1 A. III. 4. a) (S. 144).

tragen werden.<sup>921</sup> Gerade im Bereich des von *Loritz* mit Recht als Defizit angesprochenen „Lesens“ von Jahresabschlüssen,<sup>922</sup> sollten für Aufsichtsräte - unter Umständen verpflichtend - mehr Fortbildungsmöglichkeiten angeboten werden.

#### **dd) Funktionswidrige Größe des Aufsichtsrats und Kommunikationsdefizite**

Des Weiteren werden an dem deutschen Mitbestimmungsmodell die funktionswidrige Größe<sup>923</sup> des Aufsichtsrates sowie bestehende Kommunikationsdefizite<sup>924</sup> kritisiert. Die Größe des Aufsichtsrats allein stehe bereits einer effektiven Arbeit des Aufsichtsrats entgegen und gefährde dessen Funktionsfähigkeit.<sup>925</sup> Ferner verhindere die Anwesenheit von Aufsichtsratsmitgliedern eine offene Sachdiskussion. So bilde sich häufig eine Gruppenmeinung in den Teilgruppen der Anteilseignervertreter und der Arbeitnehmervertreter anhand der „Leitansichten“ des Vorsitzenden bzw. seines Stellvertreters heraus.<sup>926</sup> Auf diese gruppenpsychologischen Mechanismen sei die unzureichende Offenheit in Diskussionen zurückzuführen.<sup>927</sup>

Die Behauptung, dass die Bildung von Gruppenmeinungen einer offenen Diskussionskultur zwangsläufig entgegenstehe und eine funktionsfähige Arbeit des Aufsichtsrats gefährde, geht nach hier vertretener Ansicht zu weit. Die Bildung von Gruppenmeinungen ist ein Phänomen, das auch in anderen Bereichen, wie beispielsweise der Politik anzutreffen ist. Dort bilden sich innerhalb von Fraktionen regelmäßig einheitliche Meinungen heraus bzw. es wird sogar gezielt auf eine einheitliche Meinungsbildung hingewirkt, um der eigenen Meinung eine größere Durchsetzungskraft zu verleihen. Dieses Phänomen ist daher nicht zwingend negativ zu sehen. Ferner können auch andere Aspekte einer offenen Diskussionskultur entgegenstehen. So schließt sich beispielsweise ein Anteilseignervertreter der Meinung der anderen Anteilseignervertreter an, da er kein Quertreiber sein möchte und seinen prestigeträchtigen Aufsichtsratsposten nicht gefährden möchte. Die Basis jeder offenen Diskussion ist Vertrauen. Dieses kann jedoch genauso in eigenen Reihen gestört sein. Darüber hinaus soll Corporate Governance zu mehr Transparenz in Unternehmen führen. Daher widersprechen Entscheidungen im stillen Kämmerlein eklatant dem Sinn und Zweck guter Corporate Governance.

---

<sup>921</sup> Siehe oben Teil 2, § 1 A. III. 4. a) (S. 144 f.).

<sup>922</sup> *Loritz*, ZfA 2009, 477, 514.

<sup>923</sup> Siehe nur *Weninger* (2011), S. 2.

<sup>924</sup> Siehe nur *Brocker* (2006), S. 186 ff.

<sup>925</sup> Siehe nur *Weninger* (2011), S. 2.

<sup>926</sup> *Brocker* (2006), S. 187.

<sup>927</sup> *Kremer*, in: Ringleb u.a. Rn. 388.

Diskutabel erscheint hingegen die ebenfalls kritisierte Größe deutscher Aufsichtsräte. In Unternehmen mit in der Regel mehr als 20.000 Arbeitnehmern setzt sich nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MitbestG der Aufsichtsrat aus zwanzig Mitgliedern (zehn Anteilseignervertreter und zehn Arbeitnehmervertreter) zusammen. Die Annahme, dass ein Entscheidungsgremium bestehend aus zwanzig Mitgliedern eine gewisse Trägheit in der Einberufung sowie der Entscheidungsfindung aufweist, ist nicht von der Hand zu weisen. Dieser Aspekt sollte daher bei der Entwicklung eines Mitbestimmungsmodells für die SPE Berücksichtigung finden.

### **ee) Zwischenergebnis**

Als Ergebnis der Diskussion um Governance und Mitbestimmung bleibt daher festzuhalten, dass weder die von Mitbestimmungsgegnern bemängelte Unabhängigkeit von Arbeitnehmervertretern noch die beanstandeten Interessenkonflikte seitens der Arbeitnehmervertreter geeignet sind, einer Beteiligung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat entgegenzustehen. Des Weiteren können an Arbeitnehmervertreter keine höheren Qualifikationsanforderungen gestellt werden als an die übrigen Aufsichtsratsmitglieder. Ferner bleibt es ebenso wie der behauptete „Mitbestimmungsabschlag“ am Kapitalmarkt ein Gerücht, dass Indiskretionen dem Arbeitnehmerlager zuzurechnen sein sollen. Eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene kann und sollte daher sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene ihren Beitrag zu einer guten Corporate Governance leisten. Aus der Governance-Perspektive spricht daher mehr für als gegen eine Mitbestimmung von Arbeitnehmern auf Unternehmensebene.<sup>928</sup> Dies gilt auch für die europäische Ebene. Gerade vor dem Hintergrund, dass versucht wird, eine einheitliche Linie in die Corporate Governance-Diskussion der EU zu bringen, und man an einem europäischen Governance-Rahmen arbeitet, sollte man der Mitbestimmung als Instrument guter Corporate Governance eine Chance im Rahmen supranationaler Gesellschaftsformen geben. Mitgliedstaaten, die einer Mitbestimmung auf Unternehmensebene eher skeptisch gegenüberstehen, sollten darin einen Feldversuch auf europäischer Ebene sehen. Ein Feldversuch in Form eines europäischen Modells bietet zudem die Chance für Mitgliedstaaten mit einer ausgeprägten Mitbestimmungskultur, einzelne Aspekte der Mitbestimmung, wie beispielsweise die in Deutschland vielfach kritisierte funktionswidrige Größe des Aufsichtsrates, zu überdenken.

---

<sup>928</sup> So auch *Heuschmid*, in: Vitols/Heuschmid (2012), S. 115, 133.

#### IV. Mitbestimmungsflucht durch Umgehungskonstruktionen

Dass Unternehmensmitbestimmung sich zumindest seitens der Arbeitgeber nicht gerade großer Beliebtheit erfreut,<sup>929</sup> belegen zahlreiche Umgehungskonstruktionen. Im Folgenden wird wiederum allein auf die deutsche Situation abgestellt, da sich an dieser die Kreativität der Beraterbranche besonders deutlich veranschaulichen lässt. Zudem ist aus deutscher Sicht besonders interessant, wie sich die SPE darin einfügen wird.

##### 1. Portfolio der Beraterbranche

Das Portfolio der deutschen Beraterbranche hat dank der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit, der Renaissance der Stiftung sowie der Einführung der supranationalen Gesellschaftsformen einen beachtlichen Umfang erlangt. Unternehmer, die sich der Mitbestimmung entziehen wollen, greifen gern und zunehmend häufiger<sup>930</sup> darauf zurück.

Relevant werden Umgehungskonstruktionen selbstverständlich erst, wenn die mitbestimmungsrelevanten Schwellenwerte von 500<sup>931</sup> bzw. 2.000<sup>932</sup> Arbeitnehmern näher rücken. Solange man das Überschreiten dieser Schwellenwerte verhindern kann, bedarf es daher keines Rückgriffs auf Umgehungskonstruktionen. Eine weitere Ausweichmöglichkeit wäre die Wahl einer nicht der Mitbestimmung unterfallenden Personengesellschaft<sup>933</sup>. Diese wird aber häufig aus haftungsrechtlicher Sicht nicht in Frage kommen, da Gesellschafter von Personengesellschaften regelmäßig der vollen persönlichen Haftung unterliegen.<sup>934</sup>

##### a) Verwendung einer ausländischen Gesellschaftsform

Eine mögliche Variante, um der deutschen Mitbestimmung zu entkommen, ist der Rückgriff auf eine ausländische haftungsbeschränkte Kapitalgesellschaftsform, die von Haus aus nicht der Mitbestimmung unterliegt, beispielsweise eine britische Limited („Ltd.“). Ausländische

---

<sup>929</sup> So bezeichnete der damalige BDI-Präsident *Michael Rogowski* in einem Interview mit dem Magazin *stern* in 2004 Mitbestimmung als einen „Irrtum der Geschichte“, abrufbar unter <http://www.stern.de/wirtschaft/news/mitbestimmung-ein-irrtum-der-geschichte-531082.html>.

<sup>930</sup> Siehe *Sick/Pütz*, WSI-Mitteilungen 2011, 34.

<sup>931</sup> § 1 Abs. 1 DrittelbG.

<sup>932</sup> § 1 Abs. 1 MitbestG.

<sup>933</sup> *Wißmann*, in: WWKK, Vorbem. MitbestG Rn. 50.

<sup>934</sup> §§ 128, 161 HGB.

Gesellschaftsformen sind weiterhin interessant, da auf diese trotz Kritik aus dem Lager der Mitbestimmungsbefürworter<sup>935</sup> die deutsche Mitbestimmung keine Anwendung findet.

Möglich wurde dieser Rückgriff durch die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit, die zumindest die Verlegung des Verwaltungssitzes heutzutage unproblematisch gestattet.<sup>936</sup> Daher kann etwa eine britische Ltd. verwendet werden, um sich der deutschen Mitbestimmung zu entziehen.

Problematisch sind allerdings zwei Aspekte: Zum einen handelt es sich um eine ausländische Gesellschaftsform, die nicht nur den mitbestimmungsrechtlichen, sondern auch sonst den ausländischen Anforderungen unterliegt. Man muss sich daher mit diesen vertraut machen. Zum anderen, und das dürfte der gewichtigere Grund sein, haftet der Verwendung ausländischer Gesellschaftsformen im Inland von vornherein ein gewisses Negativimage an. In der Öffentlichkeit sowie von Geschäftspartnern wird sogleich wahrgenommen, dass es einen Grund geben muss, warum ein deutsches Unternehmen auf eine ausländische Gesellschaftsform zurückgreift. Gerade der Ltd. haftet aufgrund ihres geringen Mindeststammkapitals von 1 £ ein negatives Image an.

Ein prominentes Beispiel einer ausländische Kapitalgesellschaft mit Niederlassung in Deutschland ist die McDonalds' Deutschland Inc.<sup>937</sup>

## **b) Ausländische Gesellschaftsform & Co. KG**

Eine deutlich beliebtere Variante ist die Verwendung einer ausländischen haftungsbeschränkten Kapitalgesellschaft als Komplementärin einer deutschen Kommanditgesellschaft („KG“). Der Komplementärin einer KG kommt die Funktion des persönlich haftenden Gesellschafters zu.<sup>938</sup> Daher wird häufig eine haftungsbeschränkte Kapitalgesellschaft verwendet, um das Haftungsrisiko der dahinter stehenden natürlichen Personen zu verringern. In Deutschland wird regelmäßig die GmbH & Co. KG verwendet. Diese unterliegt jedoch der Mitbestimmung, sofern die relevanten Schwellenwerte erreicht werden.<sup>939</sup> Um diese auszuschließen, bedarf es daher eines Rückgriffs auf eine andere Gesellschaftsform als Komplementärin. Großer Beliebtheit erfreuen sich dabei ausländische haftungsbeschränkte Kapital-

---

<sup>935</sup> So bereits *Biedenkopf*-Kommission II (siehe Fn. 849), S. 33 f.; ausführlich zu dieser Problematik: *Krause*, AG 2012, 485.

<sup>936</sup> Siehe hierzu bereits ausführlich Teil 1, § 3 B. II. (S. 90).

<sup>937</sup> *Sick/Pütz*, WSI-Mitteilungen 2011, 34, 36.

<sup>938</sup> § 161 Abs. 1 HGB.

<sup>939</sup> §§ 1, 4 MitbestG.

gesellschaften.<sup>940</sup> Diese unterliegen, wie soeben bereits ausgeführt, nicht der deutschen Mitbestimmung.

Bei dieser Variante hat man den Vorteil, dass das Unternehmen von der deutschen KG geführt wird. Eine KG unterliegt als Personengesellschaft grundsätzlich nicht der Mitbestimmung.<sup>941</sup> Diese wird lediglich durch die Verwendung einer GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin per Gesetz in die Mitbestimmung einbezogen.<sup>942</sup> Genau diese Einbeziehung fehlt, sofern eine ausländische Kapitalgesellschaft Komplementärin der KG ist. Dies folge aus der Verweisung des § 4 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG auf § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG.<sup>943</sup> Eine analoge Anwendung auf ausländische Rechtsformen wird ebenfalls abgelehnt.<sup>944</sup> Diesen Missstand nutzt die Beraterbranche, um die deutsche Mitbestimmung auszuhebeln. Je populärer diese Variante jedoch wird, desto schlechter wird ihr Image.

Prominente Negativbeispiele sind insoweit die bereits an anderer Stelle erwähnten<sup>945</sup> Müller Ltd. & Co. KG, H&M B.V. & Co. KG sowie die Air Berlin Plc. & Co. KG.<sup>946</sup>

### c) Stiftung oder Stiftung & Co. KG

Eine weitere Variante, die Mitbestimmung auszuhebeln, liefert die Rechtsform der Stiftung. Eine Stiftung kann allein oder in Form einer Stiftung & Co. KG als Unternehmensträgerin eingesetzt werden. Die Stiftung unterliegt nicht der Mitbestimmung. Sie wird weder von den Mitbestimmungsgesetzen erfasst noch kommt in ihrem Fall eine analoge Anwendung der Mitbestimmungsgesetze in Frage. Eine Stiftung hat keine Anteilseigner. Ihre strategische Ausrichtung wird vielmehr von dem Stifter durch den in der Stiftungssatzung enthaltenen Stiftungszweck vorgegeben. Eine Mitbestimmung durch Arbeitnehmer wäre dieser Rechtsform demnach wesensfremd.<sup>947</sup>

Mit der Stiftung & Co. KG steht der Beraterbranche eine weitere Variante zur Verfügung, auf die im Folgenden aufgrund ihrer Komplexität näher einzugehen ist. Im Fall der Stiftung & Co. KG fungiert anstelle der deutschen GmbH (mitbestimmt) oder der soeben aufgezeigten Variante der ausländischen Kapitalgesellschaft (nicht mitbestimmt) die Stiftung als Komplen-

---

<sup>940</sup> Darüber hinaus siehe die Erwägungen von *Sigle*, in: FS Hommelhoff (2012), S. 1123 zur „SE & Co. KG“.

<sup>941</sup> Siehe hierzu *Koberski*, in: WWKK, MitbestG, § 1 Rn. 12.

<sup>942</sup> § 4 MitbestG.

<sup>943</sup> *Raiser/Veil*, MitbestG, § 4 Rn 5b; *Ulmer/Habersack*, in: UHH, MitbestG, § 4 Rn. 11.

<sup>944</sup> Siehe *Ulmer/Habersack*, in: UHH, MitbestG, § 4 Rn. 11 mwN.

<sup>945</sup> Siehe Teil 1, § 1 B. V. (S. 31 f.).

<sup>946</sup> *Sick/Pütz*, WSI-Mitteilungen 2011, 34, 36.

<sup>947</sup> So wohl auch *Rieble*, BB 2006, 2018, 2019.

tärin der KG. Diese Variante weist stiftungsrechtliche Probleme auf. Doch zunächst soll die mitbestimmungsrechtliche Perspektive betrachtet werden.

Die Stiftung wird ebenso wie die ausländische Kapitalgesellschaft als Komplementärin vom deutschen Mitbestimmungsrecht nicht erfasst. Die Regelung des § 4 MitbestG ordnet, wie bereits ausgeführt, nur eine Durchbrechung für die als Komplementärin fungierende GmbH an. Eine analoge Anwendung auf die Stiftung ist ebenso wie auf die ausländische Kapitalgesellschaft abzulehnen. *Trappe* hingegen sieht in § 4 MitbestG eine Zurechnungsnorm, von der auch die Stiftung erfasst werden soll.<sup>948</sup> Er ist zudem der Ansicht, dass „dem Gesellschaftsrecht eine der Mitbestimmung dienende Funktion zukommen sollte“.<sup>949</sup> Dies geht, selbst wenn man der Mitbestimmung durchaus positiv gegenüber steht, zu weit. Auf die Parallele zur Nichteinbeziehung von ausländischen Kapitalgesellschaftsformen geht er hingegen nicht ein. Die Ansicht von *Trappe* vermag daher nicht zu überzeugen. Eine analoge Anwendung auf Stiftungen ist folglich mit der hM abzulehnen.<sup>950</sup>

Stiftungsrechtlich problematisch beim Einsatz einer Stiftung als Komplementärin ist der Bestandserhaltungsgrundsatz, dem Stiftungen nach § 80 Abs. 2 BGB unterliegen. Danach muss die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheinen. Diese kann jedoch gefährdet sein, wenn sich die Funktion der Stiftung darauf beschränkt, die Stellung der Komplementärin in einer KG zu übernehmen.<sup>951</sup> Allerdings steht diese Funktion mit dem Bestandserhaltungsgrundsatz nach zunehmend vertretender Ansicht im Einklang, wenn die Stiftungssatzung dies ausdrücklich vorsieht oder der Stifterwille nicht anders zu verwirklichen ist.<sup>952</sup> Als praktischer Lösungsweg wird insoweit die haftungsrechtliche Freistellung der Stiftung durch die Kommanditisten in der Stiftungssatzung angeregt.<sup>953</sup>

Dennoch verbleibt ein Restrisiko der stiftungsaufsichtsrechtlichen Genehmigung. Eine Komplementärstellung ist mit einem erheblichen wirtschaftlichen Risiko für die Stiftung verbunden. Dieses verträgt sich naturgemäß nur schwer mit dem Bestandserhaltungsgrundsatz der Stiftungen. Daher steht insofern weniger der Gläubigerschutz denn die dauernde und nachhaltige Sicherung des Stiftungszwecks im Vordergrund. Das Gesetz schreibt kein Mindestkapital einer Stiftung vor. Stattdessen ist auf den Einzelfall anzustellen, wie hoch das Grundstockvermögen der Stiftung bemessen sein muss, um die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks sicherzustellen. Die Stiftungsaufsichtsbehörden entscheiden daher

---

<sup>948</sup> *Trappe* (2010), S. 189 ff. mwN.

<sup>949</sup> *Trappe* (2010), S. 191.

<sup>950</sup> *Ulmer/Habersack*, in: UHH, MitbestG, § 4 Rn. 7; *Wißmann*, in: WWKK, Vorbem. MitbestG Rn. 50; *Koberski*, in: WWKK, MitbestG, § 1 Rn. 14; *Reimann*, DNotZ 2012, 250, 267.

<sup>951</sup> Vgl. *Schlüter*, in: Henssler/Strohn, Vorbem. Zu § 80 BGB, Rn. 11.

<sup>952</sup> Vgl. *Schlüter*, in: Henssler/Strohn, Vorbem. Zu § 80 BGB, Rn. 11 mwN.

<sup>953</sup> So auch *Schlüter*, in: Henssler/Strohn, Vorbem. Zu § 80 BGB, Rn. 11 unter Verweis auf *Hof*, in: Münchner Vertragshandbuch, Bd. 1, VII, 2.



stets im Einzelfall, wie hoch das Grundstockvermögen einer Stiftung sein muss, um diese Funktion zu erfüllen.<sup>954</sup> Dieser Aspekt wird in der Praxis häufig gegen eine Stiftung & Co. KG sprechen.

Ein prominentes Beispiel für eine Stiftung & Co. KG ist die Lidl Stiftung & Co. KG. Aus mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht möchte man im Fall Lidl auf diese Weise eine Mitbestimmung „nach oben“ über Konzernzurechnungsregelungen verhindern.<sup>955</sup> Eine Mitbestimmung in den Tochtergesellschaften wird dadurch nicht ausgeschlossen.

#### **d) SE**

Auf dem besten Weg zur Vorzeigelösung aller Umgehungskonstruktionen ist die SE. Bereits die Ausführungen in Teil 1 haben gezeigt, dass die SE ein beliebtes Instrument zur Umgehung der unternehmerischen Mitbestimmung ist.<sup>956</sup>

Das Verhandlungsverfahren bietet die Möglichkeit, das Mitbestimmungsniveau durch Verkleinerung des Aufsichtsrats abzusenken (z.B. Allianz SE, BASF SE, Porsche Holding SE) oder gar die Mitbestimmung ganz abzuschaffen (z.B. Hager SE).<sup>957</sup> Diesen Varianten wird meist ein „Kuhhandel“ zugrunde liegen, in dem der Arbeitnehmerschaft im Gegenzug anderweitige Zugeständnisse gemacht werden.

Darüber hinaus bietet die SE eine aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht deutlich kritischer zu sehende Variante. In einer SE besteht nämlich die Möglichkeit, das Mitbestimmungsniveau einzufrieren, da über die Mitbestimmung in einer SE zu Beginn entschieden wird. Eine spätere Anpassung ist nach § 18 Abs. 3 SEBG<sup>958</sup> nur im Falle struktureller Änderungen möglich. Ein Anstieg der Arbeitnehmerzahl, ohne dass etwa eine andere Gesellschaft auf die SE verschmolzen wird, stellt jedoch gerade keine strukturelle Änderung dar, so dass ein Hineinwachsen in eine Mitbestimmungspflicht grundsätzlich nicht möglich ist.<sup>959</sup>

Allerdings wird § 18 Abs. 3 SEBG analog angewendet bei der Aktivierung von Vorrats-SE. Gründen arbeitnehmerlose Gesellschaften eine naturgemäß arbeitnehmerlose Vorrats-SE, so bedarf es vor Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister keines Verhandlungsver-

---

<sup>954</sup> *Nietzer/Stadie*, NJW 2000, 3457, 3460.

<sup>955</sup> *Rieble/Junker/Giesen*, „Arbeitsrecht im Konzern“: 2. ZAAR-Tagung am 10.9.2010, S. 50.

<sup>956</sup> Siehe Teil 1, § 4 A. (S. 96 ff.).

<sup>957</sup> Siehe Teil 1, § 4 A. (Fn. 605).

<sup>958</sup> Geht zurück auf Erwägungsgrund 18 der SE-RL.

<sup>959</sup> *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff, SEBG, § 18 Rn. 17 mwN.

fahrens über die Mitbestimmung. Dieses ist erst bei späterer Aktivierung, sprich wirtschaftlicher Neugründung, nachzuholen.<sup>960</sup>

Interessant ist diese Variante vor Erreichen mitbestimmungsrelevanter Schwellenwerte, die in Deutschland bei 500 (DrittelbG) und 2.000 (MitbestG) Arbeitnehmern liegen. Besonderer Beliebtheit erfreut sich diese Variante in Deutschland zur Vermeidung der gefürchteten paritätischen Mitbestimmung, welche ab 2.001 Arbeitnehmer eingreift.<sup>961</sup>

Als Beispiele für eine besonders auffällige Mitbestimmungsflucht mittels einer SE werden unter anderem die Firmen Conrad Electronic und Surteco genannt.<sup>962</sup>

## 2. Portfolioerweiterung mittels der SPE?

Ob die SPE in das Portfolio der Beraterbranche aufgenommen werden wird, hängt entscheidend von der Ausgestaltung ihres Mitbestimmungsmodells ab. Nach dem derzeitigen von der ungarischen Ratspräsidentschaft vorgelegten Verordnungsvorschlag ist eine Aufnahme der SPE in das Portfolio der Beraterbranche zu erwarten.

Eine SPE bietet nach ihrem derzeitigen Modellvorschlag, wie in Teil 1 bereits ausgeführt,<sup>963</sup> die Möglichkeit, ihren Sitzmitgliedstaat in einem mitbestimmungsaversen und ihren Verwaltungssitz in einem mitbestimmungsaffinen Staat zu wählen. Dadurch kann die Mitbestimmung in letzterem ausgehebelt werden. Inwieweit die in dem aktuellen Vorschlag enthaltenen Schutzmechanismen geeignet sein werden, einer Mitbestimmungsumgehung entgegenzuwirken, ist fraglich. Wie in Teil 1 bereits ausgeführt,<sup>964</sup> steht zu befürchten, dass der aktuelle Vorschlag genügend Schlupflöcher bietet oder im Laufe der Zeit bieten wird. Die vorliegende Regelung versucht mit Detailregelungen und Auffangmechanismen, die in der Grundkonzeption verankerten Schwachstellen zu beheben. Anzunehmen ist jedoch, dass ein System, dessen Gerüst nur durch Stützpfeiler gehalten wird, dem „Know How“ und der Kreativität der Beraterbranche nicht dauerhaft wird standhalten können.

---

<sup>960</sup> Zur Vorrats-SE bereits ausführlich Teil 1, § 3 A. II. 8. (S. 65).

<sup>961</sup> Siehe nur *Rieble*, BB 2006, 2018 ff.

<sup>962</sup> Siehe nur *Köstler/Werner*, Magazin Mitbestimmung 12/2007.

<sup>963</sup> Siehe Teil 1, § 1 B. I. (S. 22).

<sup>964</sup> Siehe Teil 1, § 1 B. VI. (S. 34).

### 3. Zwischenergebnis

Nach dem aktuellen von der ungarischen Ratspräsidentschaft vorgelegten Vorschlag für ein Mitbestimmungsmodell der SPE dürfte diese eine große Rolle im Portfolio der Beraterbranche spielen. Sie tritt insbesondere neben die elegante Alternative der SE. Beide bieten dem Rechtsanwender die Möglichkeit, sich unter dem Deckmantel der europäischen Seriosität unliebsame Mitbestimmung abzumildern oder sich ihr ganz zu entziehen. Ein Vorteil der SE neben der Mitbestimmungsvermeidung ist ihr Image als europäisches Flaggschiff, nachteilig sind jedoch ihre hohen Gründungskosten, die nicht zuletzt durch das hohe Grundkapital von 120.000 € hervorgerufen werden. Vorteil der SPE wären demgegenüber deutlich geringere Gründungskosten, da das Stammkapital, gleich wie die Regelung darüber letztlich aussehen wird, deutlich geringer sein wird als im Fall der SE. Derzeit ist nicht mit einem Stammkapital von über 8.000 € zu rechnen. Wie hoch die administrativen Gründungskosten im Vergleich zur SE ausfallen werden, bleibt abzuwarten. Insbesondere inwieweit sich die Mitbestimmungslösung der SPE auf die Gründungskosten der SPE auswirken wird. Nach dem aktuellen Vorschlag ist aufgrund der Komplexität der Regelung, auch wenn es zunächst anders scheint, mit hohen Beratungskosten zu rechnen. Dennoch avanciert die SPE nach ihrem aktuellen Vorschlag zu einer attraktiven Alternative für mittelständische Unternehmen zur Vermeidung unliebsamer Mitbestimmung.

Ziel der Mitbestimmungslösung der SPE sollte daher – soweit möglich – eine Vermeidung solcher Umgehungskonstruktionen sein. Zu diesem Zweck bedarf es zwingend einer Neukonzeptionierung des aktuellen Modells. Das Modell sollte stark vereinfacht und damit transparenter werden. Sie sollte so konzeptioniert sein, dass sie auch für den normalen Rechtsanwender auf Anhieb verständlich ist. Auf diese Weise können viele zunächst unsichtbare Schlupflöcher von Anfang an vermieden werden, sofern die Mitbestimmungslösung entsprechend konzeptioniert ist. In der Grundkonzeption sollte die Mitbestimmungslösung, auf die sogleich noch im Detail einzugehen ist,<sup>965</sup> in zwei Schritten aufgebaut sein: Im ersten Schritt die durch die SE etablierte Verhandlungslösung, im zweiten Schritt eine originär europäische Auffanglösung, die für alle Mitgliedstaaten einheitlich gilt. Der erste Schritt wird weitestgehend durch die bereits vorhandenen europäischen Mitbestimmungsmodelle vorgegeben. Insofern bedarf es lediglich gewisser Detailjustierungen, auf die sogleich einzugehen sein wird. Der zweite Schritt ist neu und bedarf daher der besonderen Aufmerksamkeit im Rahmen der sogleich folgenden Modellentwicklung. Aus den Erfahrungen mit Umgehungskonstruktionen, von denen die wesentlichen soeben geschildert wurden, ergibt sich, dass nur eine einheitliche Mitbestimmungslösung geeignet ist, um zu verhindern, dass mit der SPE eine neue Umgehungskonstruktion auf den Markt gebracht wird. Nur eine einheitliche euro-

---

<sup>965</sup> Siehe Teil 2, § 3 (S. 169 ff.).

päische Lösung kann einen Rechtswettbewerb über die mitgliedstaatlichen Grenzen hinweg verhindern.

## B. Contra

Allerdings gibt es durchaus Argumente, die gegen eine einheitliche Auffangregelung ebenso wie gegen eine einheitliche europäische Mitbestimmungslösung insgesamt sprechen.

Gegen eine einheitliche europäische Mitbestimmungslösung in supranationalen Gesellschaftsformen wird nahezu ausschließlich die Vielfalt der in den einzelnen Mitgliedstaaten vertretenen Mitbestimmungskulturen angeführt. Klar zum Ausdruck kommt diese Ansicht in Erwägungsgrund Nr. 5 der SE-RL. Darin heißt es:

*„Angesichts der in den Mitgliedstaaten bestehenden Vielfalt der Regelungen und Gepflogenheiten für die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter an der Beschlussfassung in Gesellschaften ist es nicht ratsam, ein auf die SE anwendbares einheitliches europäisches Modell der Arbeitnehmerbeteiligung vorzusehen.“*

Zu dieser Erkenntnis ist man aufgrund der entwicklungsgeschichtlichen Schwierigkeiten hinsichtlich der Mitbestimmungslösung für die SE gelangt. So war in dem ersten offiziellen Vorschlag für ein Statut der SE in 1970<sup>966</sup> noch ein einheitliches europäisches Mitbestimmungsmodell vorgesehen.<sup>967</sup> Auf diesen Vorschlag geht zudem die Idee der Europäischen Betriebsräterichtlinie zurück.<sup>968</sup> Allerdings ist anzumerken, dass diese einheitliche Lösung auf dem deutschen Mitbestimmungsrecht des § 76 BetrVG 1952 basierte.<sup>969</sup> Gegen eine einheitliche europäische Mitbestimmungslösung für die SE entschied man sich mit dem Vorschlag von 1991<sup>970</sup>, der vier nationale<sup>971</sup> Modelle zur Auswahl stellte.<sup>972</sup> Der Versuch einer echten europäischen Lösung findet sich hingegen in dem *Davignon*-Bericht aus 1997. Darin wurde nicht nur der Meilenstein zu einer vorrangigen europäischen Verhandlungslösung gesetzt, sondern auch eine europäische Auffangregelung vorgeschlagen. Danach sollte 1/5 der Aufsichtsratssitze, mindestens aber zwei Mandate, den Arbeitnehmervertretern zugebilligt wer-

---

<sup>966</sup> ABl. EG Nr. C 124 v. 10.10.1970, S. 1.

<sup>967</sup> Siehe hierzu nur *Kleinsorge*, in: NFK, Einf. SE Rn. 7; außerdem oben Teil 1, § 3 A. II. 1. (S. 53).

<sup>968</sup> *Blanke*, Teil B Einleitung Rn. 17.

<sup>969</sup> *Kleinsorge*, in: NFK, Einf. SE Rn. 7.

<sup>970</sup> Verordnungsvorschlag v. 16.5.1991, ABl. EG Nr. 176 v. 8.7.1991, S. 1.

<sup>971</sup> Das niederländische, das französische, das schwedische und das deutsche Modell.

<sup>972</sup> *Kleinsorge*, in: NFK, Einf. SE Rn. 9.

den.<sup>973</sup> Die im *Davignon*-Bericht vorgeschlagene Auffangregelung konnte sich jedoch nicht durchsetzen und verlor gegen die sog. Vorher-Nachher-Lösung, die auf dem weitreichendsten der beteiligten nationalen Modelle basiert.

Folglich wurde der einzige echte Versuch einer europäischen Lösung für supranationale Gesellschaftsformen mit dem *Davignon*-Bericht gewagt. Die übrigen Versuche basierten auf nationalen Modellen, denen lediglich ein europäisches Gewand übergestülpt wurde. Die in der EU vorhandenen Ansichten zur Mitbestimmung auf Unternehmensebene liegen derart weit auseinander, dass es nicht verwundert, wenn kein Mitgliedstaat bereit ist, sich das Mitbestimmungsmodell eines anderen Mitgliedstaats aufzwingen zu lassen. Des Weiteren ist nachvollziehbar, dass eine europäische Mitbestimmungslösung auf einem so geringen Niveau, wie im *Davignon*-Bericht vorgeschlagen, nicht geeignet ist, die Mitgliedstaaten, in denen eine Mitbestimmung auf Unternehmensebene existiert, zu überzeugen.

In der Literatur wird jedoch die Ansicht vertreten, dass man den Mitgliedstaaten keine unionsrechtliche Organisationsform aufdrängen dürfe, deren Mitbestimmungssystem dem Mitbestimmungssystem im eigenen Staat widerspricht.<sup>974</sup> Dies gebühre der Respekt gegenüber den „mitbestimmungspolitischen Empfindlichkeiten in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten“.<sup>975</sup> Des Weiteren wurde im Rahmen der SE hervorgehoben, dass statt auf ein nicht konsensfähiges eigenständiges europäisches Mitbestimmungsmodell auf eine Mitbestimmungskonser-vierung nationaler Standards zu setzen sei. Diese Grundkonzeption, die in SE, SCE und 10. RL Verwendung gefunden hat, sei verbunden mit den weiteren Säulen der darin gefundenen Mitbestimmungslösung „alternativlos“.<sup>976</sup> Vor diesem Hintergrund werden auch die Zurückhaltung des europäischen Gesetzgebers und der weitgehende Rückgriff auf nationales Recht im Rahmen der SPE als klug eingeordnet, um das Einverständnis der Mitgliedstaaten zu gewinnen.<sup>977</sup>

Hinsichtlich der nach hier vertretenen Ansicht abzulehnenden Grundkonzeption der SPE, die bereits an anderer Stelle erörtert wurde, ist erneut darauf hinzuweisen, dass diese nicht derjenigen der SE gleichkommt. Der aktuelle Vorschlag sieht vielmehr im ersten Schritt einen Rückgriff auf die nationalen Mitbestimmungsregelungen vor. Erst im zweiten Schritt soll, sofern die Voraussetzungen vorliegen, die Verhandlungslösung mit subsidiär eingreifender Auffangregelung greifen. Wie oben bereits ausgeführt, ist jedoch höchst fraglich, ob dadurch das Mitbestimmungsniveau der einzelnen Mitgliedstaaten hinreichend geschützt wird. Als höchst

---

<sup>973</sup> *Fleischer*, AcP 204 (2004), 502, 535; „European Systems of Workers Involvement“ (*Davignon*-Bericht), BR-Drs. 572/97 v. 6.8.1997

<sup>974</sup> So *Hommelhoff*, ZEuP 2011, 7, 11.

<sup>975</sup> *Hommelhoff*, ZEuP 2011, 7, 11.

<sup>976</sup> So *Henssler*, *Der Gesellschafter* 2011, 6, 8.

<sup>977</sup> So *Hommelhoff*, ZEuP 2011, 7, 11.

problematisch wird in diesem Zusammenhang die mögliche Aufspaltung von Satzungs- und Verwaltungssitz gesehen. Diese ermöglicht bereits erste Umgehungskonstruktionen, bevor überhaupt eine Verhandlungslösung ausgelöst wird. So kann etwa eine SPE mit Satzungssitz in Großbritannien ihren Verwaltungssitz in Schweden nehmen und auf diese Weise die schwedische Mitbestimmung aushebeln. Dies ist möglich, da in Großbritannien keine Mitbestimmung existiert, die britische SPE daher nach Art. 35 Abs. 1 SPE-VOE-U grundsätzlich mitbestimmungsfrei ist und die schwedische Mitbestimmung nicht greifen kann, da die Verhandlungslösung nach Art. 35 Abs. 1a lit. a SPE-VOE-U erst ausgelöst wird, wenn die SPE mindestens 500 Arbeitnehmer in einem Mitgliedstaat beschäftigt, der ein höheres Mitbestimmungsniveau vorsieht als der Sitzmitgliedstaat der SPE. In Schweden greift jedoch normalerweise bereits ab 25 Arbeitnehmern eine Mitbestimmung auf Unternehmensebene ein,<sup>978</sup> sodass mittels einer SPE ohne weiteres die schwedische Mitbestimmung zwischen 25 und 500 Arbeitnehmern ausgehebelt werden kann. Diese Konstellation dürfte aus schwedischer Sicht unbefriedigend sein. Solange man versucht, derzeit 27 Mitbestimmungsansichten in der SPE zu berücksichtigen, dürfte man das Projekt als aussichtslos betrachten. In der Literatur wird allerdings die Ansicht vertreten, „die Einführung der SPE könne den Anstoß geben, das Mitbestimmungsrecht europaweit zu vereinheitlichen“.<sup>979</sup> Dass dieser Versuch jedoch völlig aussichtslos ist, haben die Strukturrichtlinie und das Grünbuch 1975 gezeigt. Zudem gelingt derzeit nicht einmal die Einigung über ein Mitbestimmungsmodell für eine supranationale Gesellschaftsform, wie soll dann eine Vereinheitlichung des gesamten europäischen Mitbestimmungsrechts gelingen.

Einen ersten Schritt zur Mitbestimmungsverständigung könnte jedoch die SPE als Feldversuch für eine europäische Lösung darstellen.

### C. Stellungnahme

Die Abwägung des Für und Wider eines originär europäischen Mitbestimmungsmodells für die SPE als europäische Gesellschaftsform ergibt, dass die Argumente für ein solches Modell deutlich überwiegen.

Die SPE wird als neu hinzutretende Gesellschaftsform unweigerlich mit den bereits vorhandenen nationalen und europäischen Gesellschaftsformen in Wettbewerb treten. Ausgestattet mit einem originär europäischen Mitbestimmungsmodell könnte nicht nur eine europäische *Benchmark* der Mitbestimmung auf Unternehmensebene gesetzt werden, sondern diese so-

---

<sup>978</sup> Übersicht bei Kluge/Stollt (2004), siehe Fn. 593.

<sup>979</sup> So Henssler, Der Gesellschafter 2011, 6, 7.

gleich im europäischen Markt getestet werden. Eine europäische *Benchmark* soll nicht dazu dienen, bestehende nationale Mitbestimmungsansichten zu verdrängen. Sie soll vielmehr neue Standards setzen und verhindern, dass neue Standards von kreativen Beratern gesetzt werden, indem weiterhin gezielt bestehende nationale Standards ausgehebelt werden. Die europäische Standardisierung von Unternehmensmitbestimmung ist umso wichtiger, betrachtet man ihre neuen Begründungsansätze. Diese haben ihren neuen Schwerpunkt in der immer wichtiger werdenden sozialen Dimension des europäischen Binnenmarktes gefunden. Insbesondere die von der EU propagierte *Corporate Social Responsibility* (CSR) von Unternehmen liefert einen wichtigen neuen Begründungsansatz. CSR zielt nicht nur auf den Abschluss freiwilliger Vereinbarungen, sondern ist insgesamt ein Zeichen für ein Umdenken in der Europäischen Zivilgesellschaft. Die Folgen der Finanzkrise, durch die ein erhebliches Maß an Vertrauen der Bevölkerung in die Wirtschaft verloren gegangen ist, haben dieses Umdenken notwendig gemacht. Soziale Verantwortung steht daher auf der Tagesordnung europäischer Unternehmen. Ein Zeichen, dass auch der Mitbestimmung der Arbeitnehmer ein höherer Stellenwert im Rahmen einer verantwortungsvolleren Unternehmensführung beizumessen ist. Da ein Umdenken in der gesamten EU notwendig ist, um den Europäischen Binnenmarkt zu stärken, sollte ein Umdenken in der Unternehmenspolitik auf europäischer Ebene erfolgen.

Ein weiteres Argument für ein europäisches Mitbestimmungsmodell liefert die europäische Corporate Governance-Diskussion. Derzeit wird versucht, eine einheitliche Linie in die Corporate Governance-Leitlinien und Kodizes der einzelnen Mitgliedstaaten zu bringen. Aspekte guter oder schlechter Corporate Governance sollten daher möglichst direkt auf europäischer Ebene diskutiert und angesetzt werden. Die obige Auseinandersetzung mit der in den 2000er Jahren heftig geführten Debatte um Mitbestimmung und Corporate Governance hat ergeben, dass Mitbestimmung nicht als Feind, sondern als Freund zu betrachten ist.<sup>980</sup> Mitbestimmung ist mithin geeignet, ein Instrument guter Corporate Governance darzustellen. Allerdings bietet eine europäische Standardisierung die Möglichkeit, einzelne Schwachstellen, wie beispielsweise die funktionswidrige Größe von Aufsichtsräten, zu beheben. In einem europäischen Mitbestimmungsmodell liegt folglich ein nicht zu verachtendes Optimierungspotenzial. Man sollte daher die Möglichkeit nutzen, dieses mittels eines europäischen Modells als Feldversuch auf europäischer Ebene zu testen.

Ferner kann nur ein einheitliches europäisches Modell dem Anwachsen der Umgehungskonstruktionen durch die SPE effektiv entgegenwirken.

---

<sup>980</sup> Siehe hierzu Teil 2, § 1 A. III. 4. d) ee) (S. 154).

Die gegen eine einheitliche europäische Lösung angebrachten Argumente, die nahezu ausschließlich auf eine Rücksichtnahme auf nationale Mitbestimmungsbefindlichkeiten rekurrieren, vermögen hingegen nicht zu überzeugen. Bislang wurde lediglich mit dem *Davignon*-Bericht der Versuch eines echten europäischen Modells gewagt. Alle anderen Versuche basierten letztlich auf einzelnen nationalen Modellen, sodass ein Scheitern nicht verwunderlich ist. Ein europäisches Modell kann nur überzeugen, wenn es eigenständig ist. Das deutsche, französische, niederländische, schwedische, etc. Modell im europäischen Mantel dürfte hingegen nicht überzeugen.

## § 2 Nationale Mitbestimmungsströmungen

Dass die Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene im Bereich des europäischen Gesellschaftsrechts immer wieder zum Problem wird, ist in der Vielfalt der Mitbestimmungsansichten der einzelnen Mitgliedstaaten begründet. Zunehmender Druck auf die nationalen Mitbestimmungssysteme wird durch diese Vielfalt und die europäischen Entwicklungen in Form der Einführung europäischer Gesellschaftsformen sowie der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit, welche den Wettbewerb angefacht haben, erzeugt.

Die europäischen Entwicklungen wurden daher stets von rechtsvergleichenden Untersuchungen über die Unternehmensmitbestimmung in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU begleitet. In diesem Zusammenhang lassen sich beispielhaft nennen: die Untersuchung im Rahmen des Grünbuchs über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Struktur der Gesellschaften aus dem Jahr 1975,<sup>981</sup> eine weitere Untersuchung der Europäischen Kommission aus dem Jahr 1999 über die Regelung der Arbeitsbedingungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union,<sup>982</sup> die Untersuchung von *Baums/Ulmer* aus 2003<sup>983</sup> und die wohl neuste Untersuchung von *Conchon* für das Europäische Gewerkschaftsinstitut („etui“) aus dem Jahr 2011.<sup>984</sup> Daneben ließen sich auf europäischer sowie auf nationaler Ebene zahlreiche weitere Untersuchungen anführen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wurde jedoch lediglich eine begrenzte Auswahl angeführt. Verzichtet wird an dieser Stelle bewusst auf eine dezidierte Auseinandersetzung mit den einzelnen nationalen Modellen. Hintergrund dafür ist die hier vertretene Ansicht eines „echten“ europäischen Modells für die SPE als supranationale Gesellschaftsform.

---

<sup>981</sup> Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 8/75.

<sup>982</sup> Europäische Kommission, Die Regelung der Arbeitsbedingungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Band 1 (1999).

<sup>983</sup> *Baums/Ulmer* (2004).

<sup>984</sup> *Conchon* (2011).



Die Erfahrungen mit der SE haben ebenso wie die Harmonisierungsbemühungen im Rahmen der Strukturrichtlinie gezeigt, dass weder die Anlehnung an ein nationales Modell konsensfähig ist noch die Möglichkeit besteht, einen kleinsten gemeinsamen Nenner zu finden. Die Mitbestimmungsansichten liegen dafür zu weit auseinander. Lösungsweg kann und sollte daher ein eigenständiger europäischer sein. An dieser Stelle werden dementsprechend nicht die einzelnen nationalen Mitbestimmungsmodelle aufgezeigt, sondern lediglich ein Überblick über die wesentlichen Mitbestimmungsströmungen aufgezeigt. Eine Darstellung der einzelnen Modelle könnte sogar kontraproduktiv sein, da auf diese Weise die Gefahr, bestimmte Modelle zu betonen sowie die Gefahr einer Anlehnung daran, erhöht werden könnte. Der folgende Überblick soll dazu dienen, die Bandbreite der Ansichten aufzuzeigen sowie Demarkationslinien zu ziehen, die zumindest die Extrempositionen markieren.

Von aktuell 27 Mitgliedstaaten kennen 17 eine Mitbestimmung auf Unternehmensebene,<sup>985</sup> wobei insofern zwischen freiwilliger und gesetzlich vorgeschriebener Mitbestimmung sowie zwischen Mitbestimmung in staatlichen und in privatwirtschaftlichen Unternehmen zu unterscheiden ist.<sup>986</sup> Festzustellen ist folglich, dass soweit ersichtlich lediglich zehn Mitgliedstaaten eine Mitbestimmung auf Unternehmensebene gänzlich fremd ist.<sup>987</sup> Die wohl vehementeste Ablehnung erfährt die Mitbestimmung auf Unternehmensebene in Großbritannien<sup>988</sup>. Die stärkste Form der Mitbestimmung besteht hingegen in Deutschland. Dort ist nach dem MitbestG eine hälftige Besetzung des Aufsichtsrates vorgeschrieben, sofern es sich um eine mitbestimmungsfähige Gesellschaftsform wie etwa eine GmbH oder AG handelt, die mehr als 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt.

Hinsichtlich des Schwellenwertes, ab dem eine Mitbestimmung auf Unternehmensebene ausgelöst wird, bilden Schweden mit 25 und Luxemburg mit 1.000 Arbeitnehmern die Demarkationslinien.<sup>989</sup> Höhere Schwellenwerte, ab denen eine weitere Form der Mitbestimmung ausgelöst wird, wie die in Deutschland ab Überschreitung der 2.000-Arbeitnehmergrenze eingreifende paritätische Mitbestimmung, bleiben außer Betracht, wenn in dem Mitgliedstaat bereits ab einem geringeren Schwellenwert eine Form der Mitbestimmung ausgelöst wird. In Deutschland wird mit Überschreiten der 500 Arbeitnehmergrenze bereits eine Drittelbeteiligung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz ausgelöst.

---

<sup>985</sup> Conchon (2011), S. 11.

<sup>986</sup> Vgl. die Übersichten bei Kluge/Stollt (2004), siehe Fn. 593, sowie bei Conchon (2011), S. 12 f.

<sup>987</sup> Belgien, Bulgarien, Estland, Italien, Lettland, Litauen, Malta, Rumänien, Vereinigtes Königreich, Zypern; siehe die Übersicht bei Conchon (2011), S. 12 f.

<sup>988</sup> Zu Großbritannien siehe Harth/Taggart, in: Henssler/Braun (2011), Großbritannien Rz. 88; Mävers (2002), S. 67 ff.

<sup>989</sup> Vgl. die Übersichten bei Kluge/Stollt (2004), siehe Fn. 593, sowie bei Conchon (2011), S. 12 f.

Eine Verortung der Arbeitnehmervertreter erfolgt je nachdem, ob in dem Mitgliedstaat eine monistische oder dualistische Leitungsstruktur besteht, im Verwaltungs- oder im Aufsichtsrat der Gesellschaft.<sup>990</sup> Weitere Unterschiede bestehen hinsichtlich der Auswahlkriterien, wer Arbeitnehmervertreter werden darf, des Rechts zur Nominierung der Kandidaten sowie hinsichtlich des Wahl- oder Ernennungsverfahrens. Hinsichtlich dieser drei Kriterien wird zwischen den drei Gruppen: Arbeitnehmerschaft, Betriebsrat und Gewerkschaften differenziert.<sup>991</sup>

---

<sup>990</sup> Vgl. die Übersichten bei *Kluge/Stollt* (2004), siehe Fn. 593, sowie bei *Conchon* (2011), S. 12 f.

<sup>991</sup> Vgl. die Übersichten bei *Kluge/Stollt* (2004), siehe Fn. 593, sowie bei *Conchon* (2011), S. 12 f.

## § 3 Modellentwicklung

Der folgende Teil ist der Entwicklung eines konkreten Mitbestimmungsmodells für die SPE gewidmet. Dabei sollen die im Rahmen der Arbeit gewonnenen Erkenntnisse umgesetzt und ein alternativer Modellvorschlag für die SPE erarbeitet werden.

### A. Grundkonzeption

Die in der vorliegenden Arbeit kritisierte Grundkonzeption des aktuellen Mitbestimmungsmodellvorschlags für die SPE der ungarischen Ratspräsidentschaft sollte verworfen werden. Stattdessen sollte die mit der SE als erster europäischer Standard etablierte primäre Verhandlungslösung wieder aufgegriffen werden. Als Verbesserungsvorschlag gegenüber der SE wird als Auffangregelung eine originär europäische Lösung statt einer Mitbestimmungskonservierung national beteiligter Gesellschaften angeregt. Die Vorteile einer europäischen Lösung wurden bereits ausführlich dargelegt.<sup>992</sup>

### I. Verhandlungslösung

Im ersten Teil der Arbeit konnte herausgearbeitet werden, dass die Abkehr von der primären Verhandlungslösung abzulehnen ist.<sup>993</sup> Eine solche Abkehr deutete sich bereits in der SCE an und verwirklichte sich in der 10. RL.<sup>994</sup> Im Rahmen der SPE hat man diese scheinbare Weiterentwicklung dankbar mit der Begründung der Kostenersparnis sowie dem Respekt vor den nationalen Mitbestimmungskulturen aufgegriffen. Das primäre Eingreifen der Verhandlungslösung sei für die SPE, deren Hauptzielgruppe KMU bilden, zu aufwendig und mithin zu kostspielig.<sup>995</sup>

Dabei wird jedoch verkannt, dass mit der SPE eine supranationale und gerade keine nationale Gesellschaftsform entsteht, die einen Rückgriff auf nationales Mitbestimmungsrecht im ersten Angang rechtfertigen würde.<sup>996</sup> Die Ausgangslage ist daher nicht mit derjenigen der 10. RL vergleichbar, da aus der grenzüberschreitenden Verschmelzung eine nationale Gesellschaft hervorgeht.

---

<sup>992</sup> Siehe Teil 1, § 5 C. (S. 123 f.); Teil 1, § 6 (S. 125) u. Teil 2, § 1 A. (S. 129 ff.).

<sup>993</sup> Siehe Teil 1, § 5 C. (S. 123 f.).

<sup>994</sup> Siehe Teil 1, § 3 A. IV. 6. c) (S. 82 f.).

<sup>995</sup> Siehe *Hommelhoff*, ZEuP 2011, 7, 10 mwN.

<sup>996</sup> Siehe Teil 1, § 3 A. IV. 6. c) (S. 82 f.) u. Teil 1, § 5 C. (S. 123 f.).

Dass eine Verhandlungslösung eine höhere Akzeptanz aufweist, da diese von den Beteiligten individuell ausgehandelt wurde, dürfte unbestreitbar sein. Die Vorzüge der Verhandlungslösung wurden unter anderem in den Versuchen, diese auch in Deutschland einzuführen, hinlänglich dargetan.<sup>997</sup> Eine positive Resonanz rief die Verhandlungslösung ferner im Rahmen der Europäischen Betriebsräte-Richtlinie hervor.<sup>998</sup> Diese neue Form der Beteiligungsvereinbarung sollte aufgrund ihrer Modernität und Flexibilität, die sie der unternehmerischen Mitbestimmung verleiht, keineswegs zum Rücktritt in die zweite Reihe gezwungen werden.

Den Bedenken, dass eine primäre Verhandlungslösung für eine auf KMU ausgerichtete Unternehmensform zu aufwendig und mithin zu kostspielig sei, sollte vielmehr mit geeigneten Regelungen entgegengetreten werden. So sollte klar geregelt sein, wann das Verhandlungsverfahren ausgelöst wird, wie lang die Bildung des BVG dauern darf und die Rechtfolgen einer verspäteten Bildung des BVG. Des Weiteren sollte aufgrund der KMU-Ausrichtung die Möglichkeit eröffnet werden, direkt die Geltung der Auffangregelung zu vereinbaren.

#### 1. Auslösen des Verhandlungsverfahrens

Das Verhandlungsverfahren sollte aus Rücksichtnahme auf die KMU-Ausrichtung der SPE keine zwingende Eintragungsvoraussetzung sein, ohne dass die SPE eine gewisse Anzahl von Arbeitnehmern beschäftigt. Eine Regelung, die Unternehmen unabhängig von ihrer Beschäftigtenzahl eine Mitbestimmung vorschreibt, ist allen Mitgliedstaaten fremd.<sup>999</sup> Eine Ausnahme bilden in einzelnen Mitgliedstaaten Unternehmen mit staatlicher Beteiligung.<sup>1000</sup> In diesen Fällen lässt sich das Erfordernis einer Beteiligung der Arbeitnehmer im Gegensatz zu privaten Unternehmen mit der staatlichen Beteiligung begründen. Diese Situation ist jedoch nicht mit der SPE vergleichbar. Diese kann zwar eine staatliche Beteiligung aufweisen, dies ist jedoch nicht der Regelfall, sodass dieser Sonderfall hier außer Betracht bleiben muss.

Das Auslösen des Verhandlungsverfahrens sollte daher von dem Erreichen eines Schwellenwertes abhängig gemacht werden. Auf die Höhe des Schwellenwertes wird im Rahmen der einzelnen Komponenten einzugehen sein.<sup>1001</sup> Indem man das Auslösen des Verhand-

---

<sup>997</sup> Siehe nur den Vorschlag des Arbeitskreises „Unternehmerische Mitbestimmung“, ZIP 2009, 885 ff. oder *Rieble*, Zukunft der Unternehmensmitbestimmung (2004), S. 31.

<sup>998</sup> *Blanke*, EBRG, Teil B. Einleitung Rn. 27 unter Verweis auf die Zusammenfassung der öffentlichen Anhörung v. 17.6.1996, BT-Drs. 13/5608, S. 29 ff.

<sup>999</sup> Vgl. Übersicht von *Kluge/Stollt* (2004), siehe Fn. 593.

<sup>1000</sup> So beispielsweise Frankreich, Griechenland, Tschechische Republik; siehe Übersicht *Kluge/Stollt* (2004), siehe Fn. 593.

<sup>1001</sup> Siehe unten Teil 2, § 3 B. I. (S. 175).

lungsverfahrens an das Erreichen eines gewissen Schwellenwertes koppelt, sichert man KMU die sinnvolle Option eines Verhandlungsverfahrens, ohne ihnen überzogene Anforderungen aufzubürden. So wäre es unverhältnismäßig, von einer SPE zu verlangen, ein Verhandlungsverfahren durchzuführen, ohne dass sie selbst Arbeitnehmer beschäftigt, wenn selbst ein Mitgliedstaat mit einem extrem geringen Schwellenwert wie Schweden eine Mitbestimmung erst ab 25 Arbeitnehmern vorschreibt.<sup>1002</sup> Anders hat sich der Gesetzgeber im Fall der SE entschieden.<sup>1003</sup> Allerdings ist diese insbesondere für Großunternehmen konzipiert, sodass man eher davon ausging, dass eine SE 2.000<sup>1004</sup> oder mehr Arbeitnehmer beschäftigt und damit ohnehin alle mitbestimmungsrelevanten Schwellenwerte überschreiten würde. Dass der Verzicht auf eine Regelung für den Fall, dass weder die SE noch die an ihrer Gründung beteiligten Gesellschaften Arbeitnehmer beschäftigen, Probleme aufwirft in Bezug auf die Durchführung des Verhandlungsverfahrens und die daran gekoppelte Eintragung der SE ins Handelsregister, haben die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit Vorrats-SE gezeigt.<sup>1005</sup> Macht man das Auslösen des Verhandlungsverfahrens bei der SPE von dem Erreichen eines gewissen Schwellenwertes abhängig und verschont die SPE bis zum Erreichen dieses Schwellenwertes von jeglicher Form der unternehmerischen Mitbestimmung, entgeht man der im Fall der SE aufgetretenen Problematik mit Vorratsgesellschaften von vornherein.

Die Mitbestimmungsfreiheit bis zum Erreichen des Schwellenwertes wäre ein erstes Zugeständnis an die mitbestimmungsaversen Mitgliedstaaten wie beispielsweise Großbritannien. Im Gegenzug müssten diese zugestehen, dass eine SPE ab Erreichen des Schwellenwertes eine mitbestimmte Gesellschaftsform ist.

## 2. Zeitraum zur Bildung des BVG

Ein wichtiger Aspekt zur Vermeidung administrativer Schwierigkeiten, für den Fall, dass ein Verhandlungsverfahren ausgelöst wird, ist eine Regelung, die einen Zeitraum zur Bildung des BVG vorschreibt. Diese Regelung müsste zudem eine Rechtsfolge für den Fall enthalten, dass die Arbeitnehmerseite das BVG nicht innerhalb des vorgeschriebenen Zeitraums bildet. Auf diese Weise soll von Anfang an eine Verzögerungstaktik der Arbeitnehmerseite unterbunden werden.<sup>1006</sup>

---

<sup>1002</sup> Vgl. Übersicht *Kluge/Stollt* (2004), siehe Fn. 593.

<sup>1003</sup> Zur SE siehe Teil 1, § 3 A. II. (S. 53).

<sup>1004</sup> Schwellenwert des § 1 Abs. 1 MitbestG, dessen Überschreitung die deutsche paritätische Mitbestimmung auslöst.

<sup>1005</sup> Siehe Teil 1, § 3 A. II. 8. (S. 65).

<sup>1006</sup> So bereits *Krause*, BB 2005, 1221, 1223 zur SE.

Eine solche Regelung ist bereits aus dem deutschen SEBG bekannt. Dort findet sich in § 11 Abs. 2 SEBG eine Regelung, nach der das Verhandlungsverfahren auch in Gang gesetzt wird, wenn die in § 11 Abs. 1 SEBG genannte Zehn-Wochen-Frist zur Bildung eines Besonderen Verhandlungsgremiums aus Gründen, die die Arbeitnehmer zu vertreten haben, überschritten wird. Dieser entsprechend wurde in dem aktuellen Vorschlag für das SPE Statut eine Regelung in Art. 35a Abs. 2 lit. e SPE-VOE U aufgenommen,<sup>1007</sup> nach der ebenfalls eine Frist zur Bildung des BVG vorgesehen ist. Allerdings beträgt die dort vorgesehene Frist drei Monate, ist demnach rund zwei Wochen länger bemessen als die Frist des deutschen SEBG. Die in dem aktuellen Vorschlag vorgesehene Frist kann mit den damit in Zusammenhang stehenden Rechtsfolgeregelungen<sup>1008</sup> für den hier zu entwickelnden Modellvorschlag übernommen werden.

### 3. Direkte Vereinbarung der Auffangregelung

Aus dem Mitbestimmungsmodell der 10. RL ist bereits die Option bekannt, direkt die Geltung der Auffangregelung zu vereinbaren.<sup>1009</sup> Eine entsprechende Regelung wurde bereits in den aktuellen Vorschlag der SPE in Art. 35d Abs. 1 lit. c SPE-VOE U eingearbeitet und sollte in den hier zu entwickelnden Modellvorschlag übernommen werden.

Die Möglichkeit, die Auffangregelung direkt zu vereinbaren, für den Fall, dass das Verhandlungsverfahren ausgelöst wurde, hat ebenfalls administrative Vorteile. Sofern sich Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite darüber einig sind, dass sie auf die Auffangregelung zurückgreifen wollen, ist kein Grund ersichtlich, ihnen diese Option zu verwehren. Ein zwingend vorgeschaltetes Verhandlungsverfahren wäre überflüssig und würde unnötig Zeit und Geld beanspruchen. Der KMU-Ausrichtung der SPE entsprechend sollte diese Option daher aufgenommen werden.

## II. Auffangregelung

Die Auffangregelung bildet das wichtigste Element des Mitbestimmungsmodells, da Verhandlungen stets vor dem Hintergrund der alternativ eingreifenden *default rule* geführt werden. Das sog. *bargaining in the shadow of the law*.<sup>1010</sup> Das Verhandlungsverfahren und das

---

<sup>1007</sup> Siehe hierzu Teil 1, § 5 A. II. 1. a) (S. 107).

<sup>1008</sup> Siehe hierzu Teil 1, § 5 A. II. 1. a) (S. 107).

<sup>1009</sup> Siehe Teil 1, § 3 A. IV. (S. 76).

<sup>1010</sup> Mnookin/Kornhauser, The Yale Law Journal 1979, 950.

daraus resultierende Ergebnis werden daher stets nur so gut sein, wie die im Hintergrund drohende Auffangregelung. Fehlt einer Seite die nötige Motivation zur Verhandlungsbereitschaft, wird es keine ergebnisorientierten Verhandlungen geben. Die unmotivierte Seite wird sich in diesem Fall stets auf die für sie günstige Auffangregelung zurückziehen.

Von der bislang für supranationale Gesellschaften verwendeten Auffangregelung in Form eines Vorher-Nachher-Vergleichs, der auf eine Mitbestimmungskonservierung nationaler Mitbestimmungsstandards beteiligter Gesellschaften abstellt, sollte abgewichen werden. Stattdessen sollte als Auffangregelung für eine europäische Gesellschaftsform eine originär europäische Mitbestimmungslösung verwendet werden. Diese könnte eine europäische Mitbestimmungs-*Benchmark* setzen. Zudem könnte sie der Verständigung zwischen den Mitbestimmungskulturen der einzelnen Mitgliedstaaten dienen. Ein Verharren auf nationalen Mitbestimmungsansichten wird aufgrund des Europäischen Binnenmarktes dauerhaft nicht mehr möglich sein. Der Wettbewerb unter den nationalen Mitbestimmungsmodellen ist längst in vollem Gange. Allein auf ein natürliches Marktregulativ sollte man sich im Rahmen der Mitbestimmung jedoch nicht verlassen. Schließlich geben häufig aggressiv gewinnorientierte Finanzinvestoren den Ton an. Eine nachhaltige Unternehmensführung liegt allerdings nicht in ihrem Interesse. Daher bedarf es insoweit dringend einer politischen Regulierung. An dieser Stelle ist der europäische Gesetzgeber in der Pflicht, mit dem Setzen einer europäischen Mitbestimmungs-*Benchmark* in der SPE als supranationaler Gesellschaftsform den notwendigen Gegenpol in der Unternehmensführung zu implementieren. Freiwillige CSR und natürliche Marktregulierung werden langfristig nicht ausreichen, um Finanzinvestoren hinreichend entgegenzutreten.

Das Hauptaugenmerk sollte im Rahmen der Ausgestaltung der Auffangregelung darauf gerichtet werden, dass es sich um eine echte europäische Lösung handelt. Man sollte nicht erneut den Fehler machen, ein nationales Modell in einen europäischen Mantel zu hüllen. Derartige Versuche können naturgemäß nicht konsensfähig sein. Ferner sollte die Auffangregelung reizvoller als der bislang einzige echte europäische Versuch im Rahmen des *Davignon-Berichts*<sup>1011</sup> ausgestaltet sein. Diese Kriterien sind bei der konkreten Ausgestaltung der einzelnen Komponenten zu beachten.

---

<sup>1011</sup> „European Systems of Workers Involvement“ (*Davignon-Bericht*), BR-Drs. 572/97 v. 6.8.1997.

### **III. Dynamik des Mitbestimmungsmodells**

Darüber hinaus sollte man nicht den Fehler aus der SE-RL wiederholen und ein Einfrieren der Mitbestimmung ermöglichen. In der SE wird die getroffene Mitbestimmungsvereinbarung bzw. eingreifende Auffangregelung mit Eintragung der SE ins Handelsregister grundsätzlich eingefroren. Das heißt, eine Neuaufnahme von Verhandlungen ist nur im Falle struktureller Änderungen möglich. Ein schlichtes Hineinwachsen in eine andere Form der Mitbestimmung, wie häufig die deutsche paritätische Mitbestimmung, ist im Fall der SE nicht möglich. Daher entscheiden sich deutsche Unternehmen nicht selten kurz vor Erreichen der 2.000-Arbeitnehmer-Schwelle für eine SE.

Das Hineinwachsen in nationale Schwellenwerte ist jedoch nach hier vertretener Ansicht irrelevant, da eine europäische Gesellschaftsform einer europäischen und nicht 27 nationalen Mitbestimmungsformen unterliegen sollte. Dennoch sollte sichergestellt werden, dass eine SPE, die bei ihrer Gründung den mitbestimmungsrelevanten Schwellenwert nicht erreicht, diesen durch schlichtes Wachstum erreichen kann. Ebenso sollte sichergestellt werden, dass eine SPE aus einer einmal begründeten Mitbestimmungspflicht herausfallen kann, sofern die Voraussetzungen dafür nicht mehr vorliegen, sprich der mitbestimmungsrelevante Schwellenwert unterschritten wird.

### **IV. Zwischenergebnis**

In der Grundkonzeption sollte das Mitbestimmungsmodell für die SPE daher eine primäre Verhandlungslösung vorsehen, die jedoch erst ab Erreichen eines noch festzulegenden Schwellenwertes eingreifen sollte. Dahinter sollte eine europäische Auffangregelung stehen, die im Fall des Scheiterns der Verhandlungen, im Fall der nicht rechtzeitigen Bildung eines BVG oder sofern ihre unmittelbare Geltung von den Parteien vereinbart wird, eingreift. Bei der Ausgestaltung der Auffangregelung ist darauf zu achten, dass es sich um eine echte europäische und nicht bloß um eine nationale Kopie handelt. Des Weiteren sollte sie ausreichend Motivation zur Verhandlung für beide Seiten bieten.

### **B. Einzelne Komponenten**

Im Rahmen der soeben aufgezeigten Grundkonzeption für das SPE-Modell bedarf es einer Konkretisierung der einzelnen Komponenten. Die folgende Darstellung konzentriert sich auf



die wesentlichen Merkmale und erhebt nicht den Anspruch auf Vollständigkeit. Vielmehr wurden die als wesentlich erachteten Komponenten herausgegriffen.

#### **I. Schwellenwert**

Der Schwellenwert, ab dem das Verhandlungsverfahren ausgelöst wird und die SPE der Mitbestimmungspflicht unterliegt, bildet eine der Hauptkomponenten des Modells.

Die Schwellenwerte der einzelnen Mitgliedstaaten, die überhaupt eine Mitbestimmung kennen, reichen hinsichtlich des ersten Eingreifens einer Form der nationalen Mitbestimmung von 25 in Schweden bis hin zu 1.000 Arbeitnehmern in Luxemburg.<sup>1012</sup> Daneben gibt es weitere Schwellenwerte, ab denen besondere Formen der Mitbestimmung eingreifen,<sup>1013</sup> die an dieser Stelle aber unbeachtlich sind.

Bei einer rein mathematischen Betrachtung könnte man sich auf das arithmetische Mittel berufen und den Schwellenwert bei 512,5 Arbeitnehmern ansiedeln. Dieses Ergebnis wäre jedoch verfälscht, da es sich bei den beiden angeführten Schwellenwerten lediglich um die vorhandenen Extrempositionen handelt. Der Großteil der Schwellenwerte reicht nicht an diese heran. Gerade die obere Extremposition von 1.000 ragt weit über die anderen heraus. So ist die nächsthöchste Grenze bereits die etwa in Deutschland bestehende 500-Arbeitnehmer-Grenze, ab der eine Drittelbeteiligung nach dem DrittelbG eingreift. Die übrigen Schwellenwerte verteilen sich zwischen 25 und 500 Arbeitnehmern. Ermittelt man das arithmetische Mittel dieses Intervalls, so gelangt man zu einem Wert von 237,5 Arbeitnehmern. Die soeben aufgezeigten Berechnungen sind eher überschlägig und erheben nicht den Anspruch, alle Schwellenwerte gleichermaßen berücksichtigt zu haben. Sie sollen vielmehr eine Orientierung vermitteln, in welcher Größenordnung ein Schwellenwert rein rechnerisch angesiedelt werden könnte. Auf eine exakte Berechnung wurde verzichtet, da bei den Mitgliedstaaten teils weitere Kriterien zu dem Schwellenwert hinzutreten und so eine Berechnung ohnehin kaum möglich wäre.

Rein rechnerisch wäre allerdings ein Schwellenwert in der Größenordnung von rund 237,5 Arbeitnehmern vertretbar anhand der soeben aufgezeigten Grenzwertberechnung.

---

<sup>1012</sup> Übersicht bei Kluge/Stollt (2004), siehe Fn. 593.

<sup>1013</sup> In Deutschland bei Überschreiten der 2.000 Grenze eine paritätische Mitbestimmung nach § 1 Abs. 1 MitbestG.

Dieser Schwellenwert korrespondiert zudem mit dem Wert, den Art. 27 der Bilanzrichtlinie 78/660/EWG<sup>1014</sup> als Abgrenzung für mittelgroße Kapitalgesellschaften auf 250 Arbeitnehmer festsetzt.<sup>1015</sup> Ein Schwellenwert, der – allerdings neben vielen anderen – bereits für die SPE angeregt wurde.<sup>1016</sup> Dieser Schwellenwert überzeugt jedoch aus den oben genannten Gründen. So bildet er nahezu das arithmetische Mittel der in den Mitgliedstaaten vertretenen Schwellenwerte und wird EU-weit bereits bilanziell zur Abgrenzung mittelgroßer Kapitalgesellschaften herangezogen. Daher drängt es sich förmlich auf, den Schwellenwert von 250 Arbeitnehmern auch zum Auslösen des Verhandlungsverfahrens heranzuziehen. Auf diese Weise würden sowohl kleine als auch mittelgroße SPE von einer Mitbestimmungspflicht verschont.

Der Schwellenwert ist daher nach hier vertretener Ansicht mit 250 Arbeitnehmern anzusetzen.

Bei der Berechnung des Schwellenwertes sollten nicht nur die Arbeitnehmer der SPE, sondern auch ihrer Tochter- und Enkelgesellschaften sowie sämtlicher Gesellschaften in gerader Linie berücksichtigt werden.<sup>1017</sup> Lässt man diese außer Betracht und entzieht sich einer Konzernzurechnung, so besteht die Gefahr, dass eine SPE als mitbestimmungsfreie Holding missbraucht werden könnte. Eine Konzernzurechnung ist der Tribut, den die Mitbestimmungsgegner für eine Mitbestimmungsfreiheit bis zum 250 Arbeitnehmer zollen müssen.

## II. Zusammensetzung des Aufsichtsgremiums

### 1. Verortung der Arbeitnehmervertreter

In einer SPE soll nach dem aktuellen Verordnungsvorschlag eine Wahlmöglichkeit zwischen einer monistischen und einer dualistischen Leitungsstruktur bestehen.<sup>1018</sup> Eine dualistische Leitungsstruktur bedeutet, dass sowohl ein Geschäftsleitungsorgan (Vorstand) als auch ein Kontrollorgan (Aufsichtsrat) nebeneinander bestehen. Diese Führungsstruktur kennen beispielsweise Deutschland, Niederlande und Österreich.<sup>1019</sup> Eine monistische Leitungsstruktur bedeutet, dass ein Gesellschaftsorgan (Verwaltungsrat) beide Funktionen beinhaltet. Innerhalb des Organs wird jedoch zwischen geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden

---

<sup>1014</sup> Vierte Richtlinie des Rates v. 25.7.1978, ABl. EG NR. L 222/11 v. 14.8.1978.

<sup>1015</sup> In Deutschland siehe § 267 Abs. 2 HGB.

<sup>1016</sup> So bspw. *Krause*, GmbHR 2008, 1193, 1198; *ders.*, ECFR 2013, Special Vol. 3, 375, 389 f.

<sup>1017</sup> So wohl auch *Hommelhoff*, ZEuP 2011, 7, 39 f.

<sup>1018</sup> Erwägungsgrund 13 SPE-VOE U.

<sup>1019</sup> Übersicht bei *Kluge/Stollt* (2004), siehe Fn. 593.

Mitgliedern unterschieden. Die geschäftsführenden Mitglieder üben vereinfacht gesagt die Funktion des Vorstands aus und die nicht geschäftsführenden die Funktion des Aufsichtsrats. Diese Führungsstruktur kennen beispielsweise Dänemark, Schweden und das Vereinigte Königreich.<sup>1020</sup> Des Weiteren besteht in verschiedenen Mitgliedstaaten, wie bereits von der SE als supranationale Gesellschaftsform bekannt,<sup>1021</sup> eine Wahlmöglichkeit zwischen einer monistischen und einer dualistischen Leitungsstruktur. Eine Wahlmöglichkeit besteht beispielsweise in Finnland, Frankreich und Litauen.<sup>1022</sup>

Die Art der Leitungsstruktur hat Auswirkungen auf die Zusammensetzung des Aufsichtsgremiums, da den Arbeitnehmervertretern keine Geschäftsleitungsfunktion im eigentlichen Sinne zukommen soll. Arbeitnehmervertreter sind daher in dem Kontrollorgan der Gesellschaft, das heißt im Aufsichtsrat oder im Verwaltungsrat auf Seiten der nicht geschäftsführenden Mitglieder zu verorten. Eine Verortung in einem separaten Gesellschaftsorgan, wie beispielsweise dem verschiedentlich angeregten Konsultationsrat,<sup>1023</sup> ist hingegen abzulehnen. Ein weiteres Gesellschaftsorgan einzuführen, wäre mit zusätzlichem finanziellem und zeitlichem Aufwand verbunden. Des Weiteren beinhaltet diese Option das Risiko, dass Informationen unzureichend oder verfälscht weitergeleitet werden. Die Arbeitnehmervertreter sind mithin zwingend im Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat zu verorten. Nur so ist eine echte und damit sinnvolle Beteiligung möglich.

## 2. Größe des Kontrollgremiums

Im nächsten Schritt ist die Größe des Kontrollgremiums festzulegen. An dieser Stelle ist die im Rahmen der Governance-Diskussion bemängelte funktionswidrige Größe des Kontrollgremiums zu berücksichtigen. Bestärkt wird die Annahme einer kleineren und damit funktionsfähigeren Größe des Kontrollgremiums durch die Tatsache, dass Unternehmen vermehrt den Ausweg in die SE gesucht haben, um ihr Aufsichtsgremium sichtlich zu verkleinern.<sup>1024</sup> So haben sich beispielsweise aus deutscher Sicht die Unternehmen Allianz, BASF, Bilfinger Berger und jüngst E.ON entschieden, mittels einer SE ihren Aufsichtsrat von vormals 20, die ihnen durch das MitbestG vorgeschrieben wurden, da sie mehr als 20.000 Arbeitnehmer beschäftigen,<sup>1025</sup> auf jetzt zwölf Mitglieder zu verkleinern. Bemerkenswert ist, dass sich die Gesellschaften nahezu unisono für eine Verringerung auf zwölf Mitglieder entschieden haben.

---

<sup>1020</sup> Übersicht bei *Kluge/Stoltt* (2004), siehe Fn. 593.

<sup>1021</sup> Siehe Teil 1, § 3 A. II. 3. (S. 56).

<sup>1022</sup> Übersicht bei *Kluge/Stoltt* (2004), siehe Fn. 593.

<sup>1023</sup> Siehe Teil 2, § 1 A. III. 4. d) (S. 148).

<sup>1024</sup> Allianz SE (20 auf 12), BASF SE (20 auf 12), Bilfinger Berger SE (20 auf 12), E.ON SE (von 20 auf 12), Porsche Automobil Holding SE; siehe hierzu <http://www.euro-betriebsrat.de/ebtr/115.php>.

<sup>1025</sup> Nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 MitbestG ist der Aufsichtsrat eines Unternehmens mit in der Regel mehr als 20.000 Arbeitnehmern mit zwanzig Mitgliedern zu besetzen.

Daraus lässt sich schließen, dass eine Größe von zwölf Mitgliedern für das Kontrollgremium in der Praxis großer Unternehmen als funktionsfähig angesehen wird.

Eine Kontrollgremienstärke von zwölf Mitgliedern kann daher als Obergrenze verwendet werden. Dies erscheint zweckmäßig, da es sich bei den oben genannten um sehr große Unternehmen handelt. Da eine Mitbestimmungspflicht allerdings bereits ab 250 Arbeitnehmern eingreifen soll, bedarf es zudem einer Einstiegsgröße, die gleichzeitig die untere Grenze der Gremiengröße markiert. Die untere Grenze sollte bei fünf Mitgliedern liegen. Die Anzahl von fünf Mitgliedern als kleinstmögliche Größe anzunehmen, hat zwei Vorteile. Zum einen hat man die Möglichkeit, sowohl von Arbeitgeber- als auch von Arbeitnehmerseite mindestens zwei Vertreter in das Gremium zu entsenden. Würde man die Grenze auf drei Mitglieder herabsetzen, könnte eine Seite bereits theoretisch nur durch ein Mitglied vertreten werden. Eine Vertretung durch nur ein Mitglied ist jedoch aufgrund einer erhöhten Gefahr, dass dieses Mitglied von der anderen Seite leichter beeinflusst werden könnte. Daher ist eine Vertretung durch nur ein Mitglied abzulehnen. Somit kommt eine Mindestgremiengröße von lediglich drei Mitgliedern nicht in Frage. Um ein Stimmübergewicht der Arbeitgeberseite sicherzustellen, erscheint demnach eine Mindestgremiengröße von fünf Mitgliedern sinnvoll zu sein. Auf die alternative Option, die Gremienzahl bei vier Mitgliedern anzusiedeln und das Stimmübergewicht der Arbeitgeberseite durch eine Doppelstimme zu sichern, wird bewusst verzichtet, um keinen Beigeschmack der deutschen paritätischen Mitbestimmung zu erzeugen. Daher sollte die Mindestgröße auf fünf Mitglieder festgesetzt werden.

Das Kontrollgremium sollte folglich minimal aus fünf und maximal aus zwölf Mitgliedern bestehen. Allerdings sollte für die Auffangregelung keine Spanne vorgegeben werden, innerhalb der die Beteiligten selbst die Größe festlegen können. Ausreichend Verhandlungsspielraum für individuelle Lösungen bietet die Verhandlungslösung. Im Rahmen der Auffangregelung sollten hingegen klare Vorgaben bestehen. Daher bedarf es einer Einstufung, ab wann das Kontrollgremium in welcher Mitgliederstärke zu besetzen ist.

Die erste Stufe wird durch den Schwellenwert von 250 Arbeitnehmern, ab dem eine Mitbestimmungspflicht eingreift, und die Mindestgröße des Kontrollgremiums von fünf Mitgliedern, vorgegeben. Eine zweite Stufe sollte auf 5.000 Arbeitnehmer und eine dritte und letzte Stufe auf 15.000 Arbeitnehmer festgesetzt werden. Ab 5.000 Arbeitnehmern sollte das Kontrollgremium mit acht, ab 15.000 Arbeitnehmer mit zwölf Mitgliedern besetzt werden. Ab 15.000 Arbeitnehmern hat ein Unternehmen eine Größenordnung, in der eine Kontrollgremiengröße von zwölf Mitgliedern sinnvoll und zumutbar erscheint. Die Zwischengröße von 5.000 Arbeitnehmern und acht Gremiumsmitgliedern wurde gewählt, um eine für diese Unternehmens-

größenordnung, die nicht mehr den KMU, aber auch noch nicht den „großen“ Unternehmen zuzuordnen ist, sinnvolle Kontrollgremienstärke zu finden.

### 3. Anzahl der Arbeitnehmervertreter

In den einzelnen Mitgliedstaaten gibt es im Wesentlichen zwei Arten, die Anzahl der Arbeitnehmervertreter zu bestimmen. Während eine Gruppe von Mitgliedstaaten lediglich einen relativen Anteil der Arbeitnehmervertreter an dem Kontrollgremium festlegt, wird in der anderen Gruppe eine absolute Anzahl der Arbeitnehmervertreter festgelegt. Eine relative Bestimmung praktizieren beispielsweise Deutschland, Dänemark und Österreich.<sup>1026</sup> Eine absolute Bestimmung praktizieren beispielsweise Schweden<sup>1027</sup> und Spanien<sup>1028</sup>. In Frankreich beispielsweise werden beide Arten angewendet.<sup>1029</sup> Einen kombinierten Vorschlag unterbreitete auch der *Davignon-Bericht*<sup>1030</sup>. Darin war ein Arbeitnehmeranteil von 1/5, mindestens aber zwei Mandate vorgesehen.

Nach hier vertretener Ansicht sollte die Anzahl der Arbeitnehmervertreter für die Auffangregelung absolut bestimmt werden, da lediglich drei Größenordnungen zur Verfügung stehen. Eine Verkleinerung oder Vergrößerung des Gremiums ist im Rahmen der Auffangregelung nicht möglich. Für individuelle Vereinbarungen bietet das Verhandlungsverfahren genügend Raum. Wer sich den strikten Vorgaben der Auffangregelung nicht unterwerfen möchte, kann eine individuelle Vereinbarung treffen.

Auf der ersten und zweiten Stufe sollten je zwei Arbeitnehmervertreter im Kontrollgremium vertreten sein und auf der dritten Stufe drei. Zusätzlich sollte den Arbeitnehmervertretern das Recht gewährt werden, einen Gewerkschaftsvertreter als Berater hinzuzuziehen. Auf die Ausgestaltung der Rechte wird im Folgenden näher einzugehen sein.

Grafik: Zusammensetzung des Kontrollgremiums

---

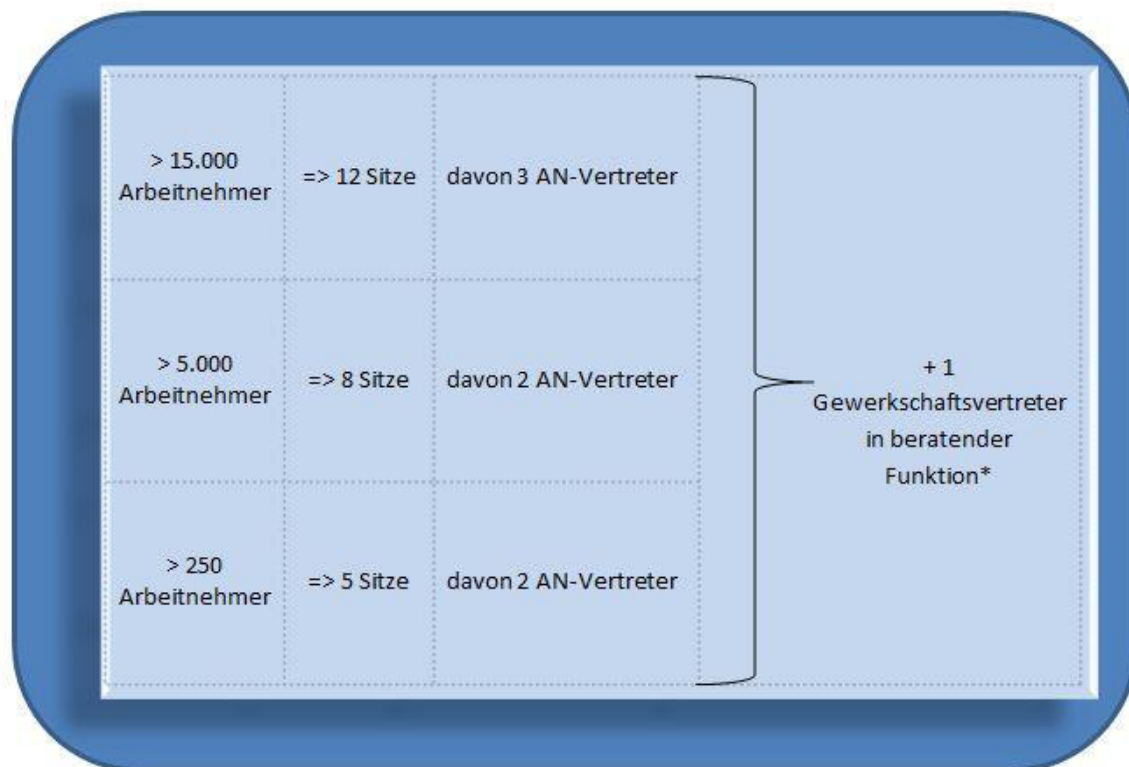
<sup>1026</sup> Übersicht bei *Kluge/Stollt* (2004), siehe Fn. 593.

<sup>1027</sup> Siehe hierzu *Ulmer*, in: Baums/Ulmer (2004), S. 159, 167.

<sup>1028</sup> Übersicht bei *Kluge/Stollt* (2004), siehe Fn. 593.

<sup>1029</sup> Übersicht bei *Kluge/Stollt* (2004), siehe Fn. 593.

<sup>1030</sup> „European Systems of Workers Involvement“ (*Davignon-Bericht*), BR-Drs. 572/97 v. 6.8.1997.



\* Optional, auf Wunsch der AN-Vertreter

Diese Form der Zusammensetzung ist sowohl für die Arbeitgeber- als auch für die Arbeitnehmerseite ausreichende Motivation zur Verhandlung, da keine von beiden Seiten unverhältnismäßig bevorteilt wird. Anteilig bleibt die vorgeschlagene Zusammensetzung mit einer 2/5-Beteiligung auf der ersten und einer 1/4-Beteiligung auf der zweiten und dritten Stufe hinter der in den Mitgliedstaaten am häufigsten vertretenen 1/3-Beteiligung<sup>1031</sup> zurück. Sie respektiert daher in ausreichendem Maße, dass es Mitgliedstaaten gibt, denen eine Mitbestimmung auf Unternehmensebene bislang völlig fremd ist. Im Falle einer 1/3-Beteiligung bestünde zudem die Gefahr, dass der Arbeitnehmerseite die nötige Verhandlungsbereitschaft fehlt. Eine anteilig niedrigere Beteiligung, wie etwa im *Davignon*-Bericht, genügt hingegen nicht, um die Arbeitgeberseite ausreichend zu motivieren. Darüber hinaus stünde eine geringere Beteiligung einer sinnvollen und effektiven Mitbestimmung entgegen. Wie bereits angesprochen, wäre eine Repräsentanz durch lediglich einen Arbeitnehmervertreter nicht empfehlenswert. Andererseits sollte das Kontrollgremium möglichst klein bleiben, um eine effektive Arbeit zu ermöglichen.

Nach hier vertretener Ansicht ist der vorgeschlagene Mittelweg daher geeignet, Mitgliedstaaten, die einer Mitbestimmung auf Unternehmensebene bislang skeptisch gegenüberstehen, einen Einstieg zu gewähren. Des Weiteren bietet er Mitgliedstaaten, deren Mitbestimmungs-

<sup>1031</sup> Siehe Ulmer, in: Baums/Ulmer (2004), S. 159, 167.

systeme zunehmend mittels Umgehungskonstruktionen ausgehebelt werden, die Gelegenheit, sich einer Mitbestimmungsform, die eine höhere Akzeptanz in der Praxis aufweist, anzunähern.

Der hinter bestehenden nationalen Mitbestimmungsmodellen, insbesondere dem deutschen Mitbestimmungsmodell, zurückbleibende Anteil an Arbeitnehmervertretern wurde bewusst gewählt, obwohl er streng genommen eine Umgehung bisher bestehender nationaler Modelle ermöglicht. Vorliegend wird zwar die Ansicht vertreten, dass Mitbestimmung durchweg positiv ist und eine effektive Mitbestimmung unmittelbar in Unternehmensorganen unverzichtbar ist, allerdings soll mit dem vorliegenden Ansatz ein neuer Weg zur Sicherung der Mitbestimmung beschritten werden. Die vorangehende Darstellung hat gezeigt, dass eine Umgehung von nationalen Mitbestimmungsmodellen bereits auf vielfältige Art und Weise möglich ist. Daraus lässt sich schließen, dass diejenigen, die der Mitbestimmung entfliehen wollen, ohnehin fliehen werden. Mit dem vorliegenden Ansatz soll daher verhindert werden, dass mit der SPE ein weiterer Weg geschaffen wird, die Mitbestimmung vollständig zu unterlaufen. Stattdessen soll mit der SPE ein anteilig geringeres Maß an Mitbestimmung gesichert werden. Auf diese Weise könnte die SPE als eine Art Mitbestimmungsbotschafter fungieren und auch in den Mitgliedstaaten, die einer Mitbestimmung auf Unternehmensebene bislang skeptisch gegenüberstehen, ein Verständnis für Mitbestimmung erzeugen. Damit die SPE als Mitbestimmungsbotschafter auch in mitbestimmungsaversen Staaten wie etwa Großbritannien tatsächlich eingesetzt wird, müssten ihr Ansehen und ihre gesellschaftlichen Vorteile aus britischer Sicht überwiegen.

Darüber hinaus sollte in der Auffangregel der SPE eine Bestandssicherung nationaler Mitbestimmungssysteme eingearbeitet werden, um zu verhindern, dass die SPE von nationalen Gesellschaften „missbraucht“ wird, um aus einer bestehenden nationalen Mitbestimmung im Wege der Umwandlung oder Verschmelzung zu fliehen. Zu diesem Zweck sollte gewährleistet werden, dass der Zugang zur SPE für ein nationales Unternehmen – gleich in welcher Rechtsform es bislang betrieben wird – nur mit der Maßgabe eröffnet wird, dass statt der originären Auffangregel der SPE das nationale Mitbestimmungsmodell konserviert wird. Die Mitbestimmungskonservierung unabhängig davon, ob das Unternehmen bereits der nationalen Mitbestimmung unterlag oder ein Überschreiten der Mitbestimmungsschwelle noch bevorsteht. Entscheidend ist, dass es sich um ein Unternehmen handelt, dass bereits vor Gründung der SPE in diesem Geschäftszweig aktiv war. Das Mitbestimmungsmodell soll daher nur echten Neugründungen sowie der Eröffnung neuer Geschäftszweige zur Verfügung stehen. Die Frage, ob ein Unternehmen bereits in dem neu mit der SPE zu verfolgenden Geschäftszweig aktiv war, müsste vor Eintragung der SPE durch das zuständige Regis-

tergericht überprüft werden bzw. sollte durch eine entsprechende gegenüber dem Registergericht abzugebende Versicherung des Geschäftsführers an Eides statt versichert werden.

Mit der SPE als Mitbestimmungsbotschafter soll daher aktiv ein Schritt pro Mitbestimmung in Europa erfolgen statt weiter zu versuchen, bestehende Mitbestimmungssysteme in ihrem vorhandenen Umfang zu sichern. Eine effektive Sicherung nationaler Mitbestimmungsstandards wird vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit nach hier vertretener Ansicht langfristig nicht haltbar sein. Der vorliegende Ansatz setzt daher nicht auf eine langfristige Konservierung nationaler Standards zur Sicherung der Mitbestimmung, sondern auf eine langfristige Sicherung der Mitbestimmung durch Erzeugung eines Mitbestimmungsverständnisses in anderen Mitgliedstaaten.

### **III. Rechte der Arbeitnehmervertreter**

Ein weiterer wichtiger Aspekt sind die Rechte, die Arbeitnehmervertretern eingeräumt werden. Da eine sinnvolle Beteiligung nur möglich ist, wenn ihnen die gleichen Rechte wie den anderen Kontrollgremiumsmitgliedern zustehen, sollten ihnen genau die gleichen Rechte eingeräumt werden. Dies entspricht zudem der Mitbestimmungspraxis in nahezu allen Mitgliedstaaten, die eine Mitbestimmung kennen. Eine Ausnahme bildet, soweit ersichtlich, lediglich Frankreich. Dort erhalten Arbeitnehmervertreter keine Vollmitgliedschaft, sondern ihnen wird lediglich eine Informationsfunktion ohne Stimmrecht zugestanden.<sup>1032</sup> Allerdings dürfen Arbeitnehmervertretern keine darüber hinaus gehenden Rechte eingeräumt werden, sodass sie im Verwaltungsrat zwingend den nicht geschäftsführenden Mitgliedern gleichzustellen sind. Eine entsprechende Regelung wurde erstmals im Rahmen der SPE vorgeschlagen<sup>1033</sup> und sollte aus dem aktuell vorliegenden Vorschlag der ungarischen Ratspräsidentschaft übernommen werden.

Des Weiteren sollte klargestellt werden, dass die Arbeitnehmervertreter zwar einen Gewerkschaftsvertreter als Berater hinzuziehen können, dieser jedoch nicht Teil des Kontrollgremiums wird. Er darf an den Sitzungen des Kontrollgremiums teilnehmen, sofern die Arbeitnehmervertreter dies wünschen und vertrauliche Unterlagen der Gesellschaft soweit erforderlich einsehen. Im Gegenzug sollte er jedoch zur Geheimhaltung verpflichtet werden.

Den Arbeitnehmervertretern die Hinzuziehung eines Gewerkschaftsvertreters als Berater zu gestatten, ist sinnvoll, da diese regelmäßig einen größeren Erfahrungsschatz als die Arbeit-

---

<sup>1032</sup> Europäische Kommission, Die Regelung der Arbeitsbedingungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Band 1 (1999), S. 130.

<sup>1033</sup> Siehe Art. 35d Abs. 5 SPE-VOE U.



nehmervvertreter selbst haben, was Unternehmensentscheidungen anbelangt. Das soll allerdings nicht heißen, dass Arbeitnehmervvertretern die nötige Qualifikation für eine Mitarbeit in dem Kontrollgremium fehlt, wie von Mitbestimmungsgegnern im Rahmen der Governance-Diskussion bemängelt wird. Der entscheidende Vorteil von Arbeitnehmervvertretern ist die Kenntnis des Unternehmens, in dem sie arbeiten und das sie aus einem anderen Blickwinkel als die Kapitaleignerseite sehen. Zur Überprüfung der Sinnhaftigkeit von Unternehmerentscheidungen genügen meist ein gesunder Menschenverstand und das nötige Maß an Bodenständigkeit. Das hat beispielsweise die bereits oben ausgeführte Rover-Krise gezeigt.<sup>1034</sup> Darüber hinaus kann es sinnvoll sein, in einzelnen Angelegenheiten professionelle Unterstützung hinzuziehen. Daher sollte den Arbeitnehmervvertretern die Möglichkeit gegeben werden, einen Gewerkschaftsvertreter hinzuzuziehen.

### **IV. Nominierung der Kandidaten und Wahl**

Des Weiteren bedarf es einer Regelung darüber, wie die Arbeitnehmervvertreter in ihr Amt kommen. In diesem Zusammenhang sind die Nominierung der Kandidaten und der Wahlmodus zu regeln.

#### **1. Nominierung**

##### **a) Wählbarkeit**

Im Rahmen der Nominierung ist zunächst zu klären, welche Kriterien ein Kandidat generell erfüllen muss, um überhaupt aufgestellt werden zu dürfen, das heißt um wählbar zu sein. Zu denken wäre insofern an die Kriterien Mindestalter, Mindestbetriebszugehörigkeit, Status als vollwertiger Mitarbeiter, das heißt der Kandidat dürfte nicht mehr Auszubildender sein. Daneben könnte man sicher eine Reihe weiterer Kriterien erwägen, doch sollten die Anforderungen nicht zu hoch angesiedelt, sondern vielmehr auf das notwendige Maß reduziert werden. Die drei ausgewählten Kriterien zielen insgesamt auf eine gewisse Arbeits- und Lebenserfahrung ab. Für das Mindestalter könnte man eine Anknüpfung an die Volljährigkeit erwägen und auf ein Mindestalter von 18 Jahren, das soweit ersichtlich in den meisten Mitgliedstaaten gilt, abstellen. Hinsichtlich der Mindestbetriebszugehörigkeit sollten keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Diese sollte man daher bei einem Jahr ansetzen. Eine Wählbarkeit von Auszubildenden sollte ausgeschlossen werden. Diesen wird die nötige Erfahrung zur Mitsprache fehlen.

---

<sup>1034</sup> Siehe Teil 2, § 1 A. III. 4. d) aa) (S. 149).

Daneben könnte man erwägen, dass nicht Kandidat werden darf, „wer infolge strafrechtlicher Verurteilung die Fähigkeit, Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen, nicht besitzt“<sup>1035</sup>. In Deutschland ist dies nach § 45 Abs. 1 StGB stets die automatische Rechtsfolge einer strafgerichtlichen Verurteilung wegen eines Verbrechens zu einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr.<sup>1036</sup> Allerdings beschränkt auf einen Zeitraum von fünf Jahren nach Rechtskraft des Urteils.<sup>1037</sup> Hierbei handelt es sich jedoch um eine nationale Regelung. Eine Anknüpfung an eine europäische Regelung erscheint schwierig, sodass man erwägen sollte, eine eigene Regelung direkt in das SPE-Mitbestimmungsmodell aufzunehmen. Eine solche Regelung sollte schlicht gestaltet sein.

#### **b) Recht zur Nominierung**

Ferner bedarf es einer Regelung, wer das Recht zur Nominierung der Kandidaten hat. In Betracht kommen die Arbeitnehmerschaft der Gesellschaft insgesamt, ein prozentualer Anteil der Arbeitnehmerschaft oder aber der Betriebsrat, sofern es einen gibt. Den Gewerkschaften sollte insoweit kein Mitspracherecht eingeräumt werden.

Da die Auswahl der Kandidaten ganz entscheidenden Einfluss auf die Funktionsfähigkeit des Kontrollgremiums haben wird, sollte gut bedacht sein, wer diese nominieren darf. Sofern ein Betriebsrat besteht, sollte diesem zumindest ein Mitspracherecht eingeräumt werden, da Mitglieder des Betriebsrats regelmäßig eine gute Kenntnis der betrieblichen Belange aufweisen und ein größeres Interesse an den Belangen der Arbeitnehmerschaft als manch einzelner Arbeitnehmer haben. Eine Beteiligung der gesamten Arbeitnehmerschaft an der Nominierung der Kandidaten dürfte schwer steuerbar sein. Daher sollte die Nominierung der Kandidaten auf ein kleineres Gremium beschränkt werden. Dies spräche wiederum für den Betriebsrat. Vorschlag wäre daher, dass jeder Arbeitnehmer Vorschläge für mögliche Kandidaten einreichen darf. Aus diesem Kreis nominiert der Betriebsrat eine entsprechende Anzahl von Kandidaten. An der Wahl darf wiederum die gesamte Arbeitnehmerschaft teilnehmen.

Auf die Möglichkeit, die Kandidaten durch einen Anteil der Arbeitnehmerschaft nominieren zu lassen, sollte nur zurückgegriffen werden, sofern kein Betriebsrat besteht. Diese Vorgehensweise empfiehlt sich, da man so auf den notwendigen Zwischenschritt, zunächst ein Wahlgremium bzw. Delegierte zu wählen, verzichten kann.

---

<sup>1035</sup> Angelehnt an § 8 Abs. 1 Satz 3 BetrVG, auf den auch § 7 Abs. 3 MitbestG verweist.

<sup>1036</sup> *Fitting*, BetrVG, § 8 Rn. 53.

<sup>1037</sup> *Fitting*, BetrVG, § 8 Rn. 53.

## **2. Wahl**

Die eigentliche Wahl sollte dann wiederum der gesamten Arbeitnehmerschaft offenstehen. Auf diese Weise kann ein demokratisches Ergebnis erzielt werden. Die Vorauswahl der Kandidaten durch ein Gremium ist jedoch notwendig, da eine Beteiligung auf Unternehmensebene eine äußerst vertrauensvolle Position ist, die hohe Anforderungen an den Kandidaten stellt. Da jedoch sowohl der Betriebsrat als auch ein etwaiges Wahlgremium zuvor von der Arbeitnehmerschaft gewählt wurden, ist eine lückenlose Legitimationskette gewährleistet.

Um die Wahl durch die gesamte Arbeitnehmerschaft administrativ zu vereinfachen, könnte man ein elektronisches Wahlsystem erwägen, dass ein Online-Wahlverfahren ermöglicht.

## **V. Weitere Komponenten**

Ein europäisches Mitbestimmungsmodell bietet zudem die Gelegenheit, weitere Komponenten auf europäischer Ebene zu testen. So könnte man beispielsweise gesonderte Vertraulichkeitsregelungen für die Arbeitnehmervertreter aufnehmen, an die entsprechende Rechtsfolgen geknüpft werden. Des Weiteren könnte man ausdrücklich eine Inkompatibilität von Betriebsratsmandat und Aufsichtsratsmandat aufnehmen oder andere Inkompatibilitäten, um die von Mitbestimmungsgegnern befürchteten Interessenkonflikte zu dezimieren.

Die weiteren Komponenten bieten ein gewisses Verhandlungspotenzial, sollten allerdings nicht in die Grundregelungen des Modells eingreifen. An dieser Stelle dürfen lediglich weitere Regelungen hinzutreten. Gemeint sind Regelungen, die keine Auswirkungen auf die bisher festgelegten Kriterien haben, sondern schlicht hinzutreten, um kleinere Unstimmigkeiten aus dem Weg zu räumen.

## **C. SPE-Modell in Thesen**

- (1) Die SPE ist bis einschließlich 250 Arbeitnehmer mitbestimmungsfrei.
- (2) Mit Überschreiten des Schwellenwertes von 250 Arbeitnehmern wird ein Verhandlungsverfahren über eine Mitbestimmungsvereinbarung (entsprechend dem Verhandlungsverfahren der SE) ausgelöst.
- (3) Ob der Schwellenwert überschritten wird, ist von der Geschäftsführung der SPE laufend zu überprüfen.

- (4) Wird der Schwellenwert überschritten, sind die Arbeitnehmer umgehend von der Geschäftsführung darüber zu informieren.
- (5) Kommt die Geschäftsführung ihrer Überprüfungs- und/oder Informationspflicht nicht nach, stellt die Pflichtverletzung eine Ordnungswidrigkeit dar.
- (6) In die Berechnung des Schwellenwertes sind alle Arbeitnehmer der SPE sowie alle Arbeitnehmer der mit der SPE in gerader Linie verwandten Gesellschaften (Tochter-, Enkelgesellschaften, etc.) einzubeziehen. Es findet mithin eine Konzernzurechnung statt.
- (7) Scheitern die Verhandlungen, greift eine Auffangregelung.
- (8) Die Auffangregelung greift ebenfalls, wenn das BVG nicht im Rahmen der vorgegebenen Frist von drei Monaten gebildet wird oder die Geltung der Auffangregelung von den Parteien unmittelbar, das heißt ohne vorhergehende Verhandlungen, vereinbart wird.
- (9) Die Auffangregelung ist eine einheitliche europäische Regelung, von der nicht abgewichen werden kann. Für individuelle Vereinbarungen bietet die Verhandlungslösung genügend Raum.
- (10) Die Auffangregelung beinhaltet im Kern folgende Regelungen:
  - a. von 251 bis 5.000 Arbeitnehmern fünf Kontrollgremiensitze (Aufsichtsrat bzw. Anzahl der nicht geschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsrats) insgesamt, davon zwei Arbeitnehmervertreter;
  - b. von 5.001 bis 15.000 Arbeitnehmern acht Kontrollgremiensitze insgesamt, davon zwei Arbeitnehmervertreter;
  - c. ab 15.001 Arbeitnehmern zwölf Kontrollgremiensitze insgesamt, davon drei Arbeitnehmervertreter;
  - d. die Arbeitnehmerseite kann einen Gewerkschaftsvertreter beratend hinzuziehen; dieser wird jedoch weder Teil des Kontrollgremiums noch steht ihm ein Stimmrecht zu;
  - e. die Arbeitnehmervertreter erhalten, sofern es sich bei dem Kontrollgremium um einen Aufsichtsrat handelt, die gleichen Rechte wie die Anteilseignervertreter; sofern das Kontrollgremium im Verwaltungsrat enthalten ist, erhalten

sie die gleichen Rechte wie die nicht geschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsrats;

- f. die Kandidaten zur Wahl der Arbeitnehmervertreter werden von dem Betriebsrat nominiert, sofern einer besteht, anderenfalls von einem vorab von der Arbeitnehmerschaft zu wählenden Wahlgremium;
  - g. den Gewerkschaften steht insofern kein Mitspracherecht zu;
  - h. die Wählbarkeit der Arbeitnehmer wird von folgenden Kriterien abhängig gemacht: Mindestalter von 18 Jahren; Mindestbetriebszugehörigkeit von einem Jahr; der Kandidat darf sich nicht mehr in der Ausbildung befinden; der Kandidat darf innerhalb der letzten fünf Jahre nicht zu einer Freiheitsstrafe von über einem Jahr verurteilt worden sein;
  - i. die Wahl der Arbeitnehmervertreter aus den nominierten Kandidaten erfolgt durch die gesamte Arbeitnehmerschaft;
  - j. aus Vereinfachungsgründen ist die Einführung eines Online-Wahlsystems zu erwägen;
  - k. als weitere Komponente sollte zusätzlich eine Vorschrift eingefügt werden, die die Arbeitnehmervertreter verpflichtet, über die Angelegenheiten, von denen sie im Rahmen ihrer Tätigkeit Kenntnis erlangen, Stillschweigen zu bewahren;
- (11) Unternehmen, die bereits in dem Geschäftszweig, der von der SPE betrieben werden soll, aktiv waren, können nur mit der Maßgabe auf die Rechtsform der SPE zurückgreifen, dass für sie statt der europäischen Auffangregel weiterhin das nationale Mitbestimmungsmodell gilt, dem sie ohne die Gründung der SPE unterlegen hätten.
- a. Dabei ist es unbeachtlich, ob das Unternehmen bereits der Mitbestimmung unterlag oder ob mitbestimmungsrelevante Schwellenwerte noch nicht überschritten wurden. Überschreitet das Unternehmen national relevante Schwellenwerte nach Gründung der SPE, greift das nationale Mitbestimmungssystem.
  - b. Ob das Unternehmen bereits in dem Geschäftszweig aktiv war, der von der SPE betrieben werden soll, ist vor Eintragung durch das Registergericht zu überprüfen. Dazu hat der Geschäftsführer der in Gründung befindlichen SPE eine Versicherung an Eides statt vor Eintragung der Gesellschaft abzugeben.



## D. Zusammenfassung

Einen ersten Ansatz der Unternehmensmitbestimmung auf europäischer Ebene lieferte das SE-Modell mit primärer Verhandlungslösung und subsidiärer Auffangregelung in Form der Vorher-Nachher-Lösung. Bei dieser Form der Auffangregelung handelte es sich jedoch um eine reine Konservierung nationaler Mitbestimmungsstandards. Einheitliche europäische Mindeststandards der Unternehmensmitbestimmung konnten bislang nicht gesetzt werden. Selbst der mit der SE eingeführte europäische Ansatz hat durch die SCE und insbesondere durch die 10. RL erhebliche Risse bekommen, indem statt der primären Verhandlungslösung nunmehr der Rückgriff auf nationale Mitbestimmungsregelungen an die erste Stelle vorge-rückt ist. Bedauerlicherweise hat man in dem aktuellen Vorschlag für ein SPE-Statut genau diese nationale Betonung aufgegriffen. Diese Regelungssystematik ist nach hier vertretener Ansicht abzulehnen, da eine europäische Gesellschaftsform zwingend eine originär europäi-sche Mitbestimmungslösung benötigt. Ein Rückgriff auf nationale Lösungen stellt einen kon-zeptionellen Rückschritt dar und ist für eine europäische Gesellschaftsform mithin abzu-lehnen. Diese Konzeptionierung ist ferner nicht geeignet, eine politische Einigung herbeizu-führen, wie die Entwicklungsgeschichte der SPE belegt.

Eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene ist sowohl aus der sozialen als auch aus der Governance-Perspektive durchweg positiv zu beurteilen. Unternehmens-mitbestimmung ist nicht nur ein grundrechtlich verbürgtes Recht der einzelnen Arbeitnehmer, sondern ein im Rahmen der zunehmenden sozialen Verantwortung von Unternehmen (CSR) kaum mehr wegzudenkender Aspekt. Gerade vor dem Hintergrund der immer aggressiver nach Gewinn strebenden Finanzinvestoren in Form von *hedge funds* und *private equity*-Gesellschaften bedarf es eines notwendigen sozial verantwortungsbewussten Gegenpols. Ein reiner *Shareholder*-Ansatz ist daher nicht mehr zeitgemäß, so dass eine immer stärker werdende *Stakeholder*-Orientierung notwendig geworden ist, um den Bestand von Unter-nehmen nachhaltig zu sichern. Aufgrund der den Unternehmen gewährten Niederlassungs-freiheit innerhalb der EU, kennt jedoch auch die Mitbestimmung kaum mehr Grenzen, mit der Konsequenz, dass diejenigen, die vor der Mitbestimmung fliehen wollen, vor bzw. aus ihr fliehen werden. Daher kann die Institution der Unternehmensmitbestimmung langfristig nur gesichert werden, wenn zukünftig eine europäische *Benchmark* der Mitbestimmung etabliert wird, um auf diese Weise ein Verständnis für eine Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf Un-ternehmensebene in allen Mitgliedstaaten der EU zu erzeugen.

Das Schicksal der Unternehmensmitbestimmung in der EU wird entscheidend von der in der SPE gefundenen Lösung, sofern es eine geben sollte, abhängen. Gleich wie diese aussehen wird, sie wird einen europäischen Meilenstein der Unternehmensmitbestimmung darstellen.

Sollte die in dem aktuellen ungarischen Vorschlag vorgesehene Mitbestimmungslösung realisiert werden, würde dies den Abwärtstrend der Unternehmensmitbestimmung auf europäischer Ebene beschleunigen, da damit eine stärkere nationale Akzentuierung der Mitbestimmung einhergehen würde, die das *race to the bottom* der Mitbestimmung innerhalb der EU weiter anfachen würde. Sollte mit der SPE hingegen, wie hier vorgeschlagen, eine einheitliche Auffangregel als europäische *Benchmark* der Mitbestimmung etabliert werden, könnte mit der SPE eine positive Mitbestimmungstrendwende innerhalb der EU herbeigeführt werden, indem man ein Verständnis für Mitbestimmung erzeugt. Dafür ist es allerdings unumgänglich, sich von nationalen Standards zu lösen und einen Mittelweg zu finden, der geeignet ist, ein solches Verständnis hervorzurufen. Ein Beharren auf national hohen Standards, wie insbesondere dem deutschen, wird langfristig nicht möglich sein. Dafür sind die nationalen Schranken zu durchlässig und die Umgehungskonstruktionen zu vielfältig geworden. Der langfristige Erhalt der Unternehmensmitbestimmung, der unverzichtbar ist, kann daher nur durch ein europäisches *Benchmarking* gesichert werden. Eine europäische *Benchmark* als einheitliche Auffangregelung im Rahmen der SPE wäre daher, auch wenn sie hinter den nationalen Standards zurückbleibt, ein aktiver Schritt im Hinblick auf die Sicherung der Institution der Unternehmensmitbestimmung. Kritiker, die diesem Aktionismus entgegen mögen, was denn beispielsweise britische Unternehmen bewegen sollte, eine SPE trotz der enthaltenen Mitbestimmung als Rechtsform zu wählen, sollten bedenken, dass Mitbestimmung nicht der einzige und oft nur sekundärer Aspekt zur Wahl der geeigneten Rechtsform ist. Daher ist es wichtig, die SPE gesellschaftsrechtlich attraktiv genug auszugestalten, so dass auch britische Unternehmen nicht auf sie verzichten mögen. Ferner darf in diesem Zusammenhang das Image europäischer Gesellschaftsformen nicht unterschätzt werden. So haben nicht nur die osteuropäischen Mitgliedstaaten mit ihren unbekannten Rechtsformen, sondern möglicherweise auch Großbritannien mit seiner imagegeschädigten Limited ein Interesse an einer neuen europäischen Rechtsform für KMU.

Die Entwicklungen der SPE belegen erneut, dass die Unternehmensmitbestimmung ein dauerhafter politischer Störfaktor ist, der geeignet ist, europäische Entwicklungen im Bereich des Gesellschaftsrechts langfristig zu blockieren. Unternehmensmitbestimmung ist daher nicht nur eine national unter den Lagern der Arbeitnehmer- und der Arbeitgeberseite umstrittene Thematik, sondern wird auf europäischer Ebene durch das Hinzutreten der kontroversen nationalen Ansichten weiter verstärkt. Eine Harmonisierung ist, wie etwa die Versuche im Rahmen der sogenannten Strukturrichtlinie gezeigt haben, nahezu aussichtslos. Dennoch sollte zumindest das Setzen einer europäischen *Benchmark* in der SPE vorangetrieben werden, um diese optional als Mitbestimmungsbotschafter einzusetzen.



Mit dem hier vorgeschlagenen neu konzeptionierten Mitbestimmungsmodell für die SPE soll daher nicht nur der SPE zum politischen Durchbruch verholfen, sondern zudem frischer Wind in die europäische Mitbestimmungsdiskussion gebracht werden.

## Anhang

Nach Einreichung der vorliegenden Dissertationsschrift am 12. Juli 2013 sind politische Neuerungen in Bezug auf das Projekt „SPE“ eingetreten, die nachfolgend kurz dargestellt werden.

Während die Europäische Kommission in ihrem letzten Aktionsplan Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance im Jahr 2012<sup>1038</sup> noch ankündigte, an dem Projekt SPE weiter arbeiten zu wollen, gab sie im Oktober 2013 bekannt, das Projekt SPE nicht weiter verfolgen zu wollen.<sup>1039</sup>

Dadurch rückte die von der Reflection Group bereits im April 2011 in ihrem Abschlussbericht vorgestellte *Simplified Single Member Company* (kurz „SMC“<sup>1040</sup>) in den Fokus der Diskussion um eine Alternative für KMU.<sup>1041</sup>

Als *Societas Unius Personae* (kurz „SUP“) fand die Anregung der Reflection Group im April 2014 Eingang in einen Richtlinienvorschlag der Kommission.<sup>1042</sup> Eine SUP soll eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit nur einem Gesellschafter werden. Ferner sollen gewisse Mindestvorgaben in der Richtlinie vorgegeben werden, die von den einzelnen Mitgliedstaaten sodann in nationales Recht umzusetzen wären. Mit dem vorgelegten Entwurf möchte die Kommission insbesondere auch die Eintragungsvoraussetzungen erleichtern und Eintragungen mittels eines Onlineeintragungsverfahrens ermöglichen.<sup>1043</sup> Allein diese neue Eintragungsoption dürfte für hinreichenden Diskussionsbedarf sorgen. So erschien bereits kurze Zeit später ein Beitrag eines deutschen Registerrichters in einer Fachzeitschrift, der bildhaft mit den Worten beginnt – „Eine neue gesellschaftsrechtliche Sau wird durch das Dorf gejagt.“<sup>1044</sup> Dieser Satz bringt es auf den Punkt. Mit dem Vorschlag der SUP werden gegenüber der SPE keine inhaltlichen Problemstellungen ausgeräumt, sondern vielmehr weitere aufgeworfen. So enthält der Vorschlag keine Lösung für das Kernproblem der unternehmerischen Mitbestimmung. Hommelhoff spricht insoweit von einer Problemidentität.<sup>1045</sup>

Ein nennenswerter Unterschied besteht lediglich in der rechtlichen Ausgestaltung und damit einhergehend bezüglich der Stimmerfordernisse im Rechtsetzungsverfahren auf europäischer Ebene. Während der SPE-Vorschlag als Verordnung ausgestaltet ist, ist der SUP-

---

<sup>1038</sup> COM (2012) 740/2; IP/12/1340 v. 12.12.2012; siehe hierzu bereits Teil 1, § 2 F.

<sup>1039</sup> COM (2013) 685 final, S. 10.

<sup>1040</sup> Report of the Reflection Group On the Future of EU Company Law, S. 66.

<sup>1041</sup> Siehe nur Hommelhoff, AG 2013, 211.

<sup>1042</sup> COM (2014) 212 final v. 9.4.2014; siehe hierzu Jung, GmbHR 2014, 579; Ries, NZG 2014, 569.

<sup>1043</sup> Art. 14 COM (2014) 212 final.

<sup>1044</sup> Ries, NZG 2014, 569.

<sup>1045</sup> Hommelhoff, AG 2013, 211, 219f.

Vorschlag als Richtlinie ausgestaltet. Für das europäische Rechtsetzungsverfahren bedeutet dies, dass für die SPE-Verordnung Einstimmigkeit im Europäischen Rat erzielt und im Vorfeld die Zustimmung des Europäischen Parlaments eingeholt werden müssen. Für den Erlass der SUP-Richtlinie hingegen würde eine qualifizierte Mehrheit im Europäischen Rat genügen.<sup>1046</sup> Neben der inhaltlichen Hürde der unternehmerischen Mitbestimmung sind es gerade die durch den Vertrag von Lissabon und das Integrationsverantwortungsgesetz in Deutschland gestiegenen politischen Anforderungen, die das Projekt SPE derzeit stagnieren lassen. Ob eine Harmonisierung nationaler gesellschaftsrechtlicher Regelungen im Rahmen haftungsbeschränkter Kapitalgesellschaften letztlich erfolgversprechender ist, ist fraglich.<sup>1047</sup>

Zeitlich etwa parallel zu den Bemühungen um eine Alternative für die Verbesserungen der Rahmenbedingungen für KMU in Europa zur SPE in Form der SUP sind zumindest in Deutschland neue Bestrebungen in Richtung SPE zu verzeichnen. So findet sich in dem Koalitionsvertrag der Großen Koalition aus November 2013 folgende Passage:

*„Im Interesse mittelständischer Unternehmen setzen wir uns dafür ein, eine Europäische Privatgesellschaft („Europa-GmbH“) zu schaffen. Wir werden dabei sicherstellen, dass die nationalen Vorschriften über die Mitbestimmung sowie das Steuer- und Handelsregisterrecht nicht umgangen werden.“*<sup>1048</sup>

*Hommelhoff/Teichmann* sehen darin „die Wiederbelebung der SPE“.<sup>1049</sup> Vor einem erneuten Aufleben der SPE im Ministerrat wird man sich jedoch Gedanken über die rechtlichen Wirkungen der Aufgabe des Projektes der SPE durch die Kommission machen und auf deutscher Seite den Prozess SPE aktiv vorbereiten müssen, um eine Zustimmung auch nach den gestiegenen Anforderungen des Integrationsverantwortungsgesetzes realistisch erscheinen zu lassen. Nach Auffassung von *Hommelhoff/Teichmann* kann die Kommission keine Vorschläge zurücknehmen, sondern lediglich ändern.<sup>1050</sup> Daher wäre der Weg auch politisch für eine Wiederaufnahme des Projektes SPE auf europäischer Ebene frei. Sie halten die deutsche Politik jedoch zu Augenmaß und Kompromissbereitschaft in Brüssel an; die Alternative einer SMC-Richtlinie würde tief in das geltende GmbH-Recht eingreifen und dies auf Dauer grundstürzend verändern.<sup>1051</sup> *Teichmann* führt vor diesem Hintergrund ein mög-

<sup>1046</sup> Art. 16 Abs. 3 EUV, Art. 294 AEUV.

<sup>1047</sup> So auch *Hommelhoff*, AG 2013, 211, 221;

<sup>1048</sup> Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 19.

<sup>1049</sup> *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2014, 177.

<sup>1050</sup> *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2014, 177 unter Verweis auf Art. 293 Abs. 2 AEUV.

<sup>1051</sup> *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2014, 177, 186.

licherweise verschlanktes SPE-Statut als den schonenderen Weg gegenüber den nationalen Rechtstraditionen ins Feld.<sup>1052</sup>

Allerdings gibt es nach wie vor auch kritische Stimmen in Richtung von SPE und Single Member Company. So betont *Brouwer* in seiner Auseinandersetzung mit den unternehmensrechtlichen Herausforderungen der 18. Legislaturperiode, dass es dringlichere Themen als dieses gibt.<sup>1053</sup> Dies begründet er unter anderem damit, dass wichtige Rechtsgebiete, wie das Arbeits- und Insolvenzrecht, die Rechnungslegung und vor allem das Steuerrecht weiterhin den einzelnen nationalen Rechten vorbehalten bleiben.<sup>1054</sup>

Zusammenfassend ist in Bezug auf die zwischenzeitlich eingetretenen Neuerungen festzuhalten, dass weiterhin keine endgültige Entscheidung im Hinblick auf die SPE gefallen ist. Ganz im Gegenteil werden in der Literatur weiterhin die Vorzüge supranationaler Gesellschaftsformen, die unionsautonom ausgestaltet sind, hervorgehoben. So betont *Prütting* in seinem Plädoyer für ein autonom europäisches Gesellschaftsrecht am Beispiel der SPE, dass nur ein solches geeignet ist, Ungerechtigkeiten am Markt jedenfalls teilweise entgegenzuwirken.<sup>1055</sup> Er ist der Auffassung, dass nur so faktische Benachteiligungen von Basismärkten ausgeschaltet werden und hinreichende Transparenz für Investoren aus Drittstaaten geschaffen werden kann.<sup>1056</sup> Einen Rückgriff auf nationales Recht in der SPE kritisiert beispielsweise auch *Sick*. *Sick* ist der Auffassung, dass der Rückgriff auf nationales Recht dem europäischen, supranationalen Charakter der SPE widerspreche.<sup>1057</sup> Er spricht sich ebenso wie die vorliegende Dissertationsschrift für eine Diskussion über generelle Mindeststandards der Mitbestimmung in europäischen Gesellschaftsformen in Europa aus.<sup>1058</sup> Die Diskussion um die Einführung von Mindeststandards der Arbeitnehmermitbestimmung auf Unternehmensebene ist daher ebenso wie die Diskussion über die Einführung der SPE noch nicht beendet.

---

<sup>1052</sup> *Teichmann*, ZRP 2013, 169, 172.

<sup>1053</sup> *Brouwer*, NZG 2014, 201, 206.

<sup>1054</sup> *Brouwer*, NZG 2014, 201, 206.

<sup>1055</sup> *Prütting*, JZ 2014, 381, 388.

<sup>1056</sup> *Prütting*, JZ 2014, 381, 388.

<sup>1057</sup> *Sick*, in: FS Kempen (2013), S. 361, 374.

<sup>1058</sup> *Sick*, in: FS Kempen (2013), S. 361, 382 f.

## Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
AAK	Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs Berater
BDA	Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände
BDI	Bundesverband der deutschen Industrie e.V.
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BMW	Bayerische Motorenwerke
BR	Bundesrat
bspw.	beispielsweise
BT	Bundestag
B.V.	Besloten Vennootschap
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVG	Besonderes Verhandlungsgremium
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CCIP	Chambre de commerce et d'industrie de Paris
CEO	Chief Executive Officer
CNPF	Conseil National du Patronat Français
CREDA	Centre de Recherche sur le Droit des Affaires
CSR	Corporate Social Responsibility
DAX	Deutscher Aktienindex
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
d.h.	das heißt
DIHK	Deutscher Industrie- und Handelskammertag
D.o.o.	Družba s omejeno odgovornostjo
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
Drs.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht
DWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EBOR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review

EEIG	European Economic Interest Grouping
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft idF bis 30. November 2009
EKV	Europäische Kooperationsvereinigung
EL Rev	European Law Review
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EP	Europäisches Parlament
EPG	Europäische Privatgesellschaft
ESC	Europäische Sozialcharta
ETUC	European Trade Union Confederation
ETUI	European Trade Union Institute
EU	Europäische Union
EUGEN	Europäische Genossenschaft
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union idF des Vertrags von Lissabon
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWIV-AG	EWIV-Ausführungsgesetz
EWIV-VO	EWIV-Verordnung
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EWSA	Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FTD	Financial Times Deutschland
G.E.I.E.	Groupement européen d'intérêt économique
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggü.	gegenüber
GIE	groupement d'intérêt économique
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
HGB	Handelsgesetzbuch
hM	Herrschende Meinung
idF	in der Fassung
IntVG	Integrationsverantwortungsgesetz
JZ	Juristenzeitung
KG	Kommanditgesellschaft
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
lit.	Buchstabe (Latein: litera)
LG	Landgericht

Ltd.	Limited
MEDEF	Mouvement des Enterprises de France
MgVG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
NJW	Neue juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OOD	Družestvo s ograničena odgovornost
Plc.	public limited company
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
S.	Seite
S.A.R.L.	Société à responsabilité limitée
SCE	Societas Cooperativa Europaea
SCEAG	SCE-Ausführungsgesetz
SCEBG	SCE-Beteiligungsgesetz
SCE-RL	SCE-Richtlinie
SCE-VO	SCE-Verordnung
SE	Societas Europaea
SEAG	SE-Ausführungsgesetz
SEBG	SE-Begleitgesetz
SEC	Securities and Exchange Commission
SEEG	Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft
SE-RL	SE-Richtlinie
SE-VO	SE-Verordnung
Slg.	Sammlung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
SMC	Simplified Single Member Company
SME	Small and medium sized enterprises
SOA	Sarbanes Oxley Act
SPE	Societas Privata Europaea
S.r.o.	Spoločnosť s ručením obmedzeným
SUP	Societas Unius Personae
UmwG	Umwandlungsgesetz
UNICE	Union des Industries de la Communauté européenne
USA	United States of America
v.	vom
ver.di	Vereinigte Dienstleistungsgewerkschaft
VO	Verordnung
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches

z.B.	Recht und Völkerrecht
ZESAR	zum Beispiel Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZEW	Zentrum für europäische Wirtschaftsforschung
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGR	Zeitschrift für Gesellschaft- und Unternehmensrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSE	Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften
ZStV	Zeitschrift für Stiftungs- und Vereinswesen



## Literaturverzeichnis

**Anzinger, Heribert M.:** Fällt der Schlagbaum für das Europäische Gesellschaftsrecht? SE, SPE & Co. nach dem Lissabon-Urteil des BVerfG, AG 2009, S. 739-740.

**Anzinger, Heribert M.:** Die Europäische Privatgesellschaft – vom Vollstatut zum tragfähigen Kompromiss, BB 2009, S. 2606-2612.

**Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht:** Die 8 wichtigsten Änderungsvorschläge zur SE-VO, ZIP 2009, S. 698-699.

**Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht:** Vorschläge zur Reform der Mitbestimmung in der Societas Europaea (SE), ZIP 2010, S. 2221-2227.

**Arbeitskreis Aktien- und Kapitalmarktrecht:** Vorschläge zur Reform der Mitbestimmung in der Societas Europaea (SE) - ergänzende Stellungnahme, ZIP 2011, S. 1841-1847.

**Arbeitskreis Europäisches Unternehmensrecht:** Thesen zum Erlass einer europäischen Sitzverlegungsrichtlinie, NZG 2011, S. 98-99.

**Arbeitskreis Unternehmerische Mitbestimmung:** Entwurf einer Regelung zur Mitbestimmungsvereinbarung sowie zur Größe des mitbestimmten Aufsichtsrats, ZIP 2009, S. 885-899.

**Arnauld, Andreas von / Hufeld, Ulrich:** Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen, 1. Aufl., Baden-Baden 2011.

**Basedow, Jürgen:** Ende des 28. Modells? – Das Bundesverfassungsgericht und das europäische Wirtschaftsprivatrecht, EuZW 2010, S. 41.

**Baums, Theodor / Ulmer, Peter:** Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, Employees' Co-Determination in the Member States of the European Union, Heidelberg 2004.

**Bayer, Walter / Hoffmann, Thomas / Schmidt, Jessica:** Ein Blick in die deutsche SE-Landschaft fünf Jahre nach Inkrafttreten der SE-VO, AG 2009, R480-R482.

**Bayer, Walter / Schmidt, Jessica:** Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, Cartesio und Trabrennbahn, ZHR 173 (2009), S. 735-774.

**Behme, Caspar:** Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei der britischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland, ZIP 2008, S. 351-357.

**Birk, Rolf:** Die soziale Dimension des Europäischen Binnenmarktes, Referate der Tagung des Arbeitskreises Europäische Integration e.V. in Hamburg vom 19.-21. Oktober 1989, Baden-Baden 1990.

**Bismarck, Wiebke von:** Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften in Europa, Gestaltungsvorschläge für eine 14. Gesellschaftsrechtliche Richtlinie, Frankfurt am Main 2005.

- Blanke, Thomas:** Europäisches Betriebsräte-Gesetz (zit.: EBRG), 2. Aufl., Baden-Baden 2006.
- Blanke, Thomas:** Europäische Aktiengesellschaft ohne Arbeitnehmerbeteiligung?, ZIP 2006, S. 789-792.
- Blanquet, Françoise:** ECLR Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea „SE“), ZGR 2002, S. 20-65.
- Blomeyer, Wolfgang:** Auf dem Weg zur (E)europäischen Genossenschaft, BB 2000, S. 1741-1748.
- Bogdandy, Armin von:** Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum, Überlegungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG, NJW 2010, S. 1-5.
- Bormann, Jens / König, David C.:** Der Weg zur Europäischen Privatgesellschaft, RIW 2010, S. 111-119.
- Bormann, Jens / Böttcher, Leif:** Vermeidungsstrategien bei der unternehmerischen Mitbestimmung in der SPE auf der Grundlage des ungarischen Kompromissvorschlags, NZG 2011, S. 411-416.
- Böttcher, Leif / Kraft, Julia:** Grenzüberschreitender Formwechsel und tatsächliche Sitzverlegung - Die Entscheidung VALE des EuGH, NJW 2012, S. 2701-2704.
- Boucoucheliev, Jeanne (Hrsg.):** [Étude du c.r.e.d.a. par J. Boucoucheliev], Pour une s.a.r.l. européenne, Paris 1973.
- Boucoucheliev, Jeanne:** Propositions pour une société fermée européenne: étude du Centre de Recherche sur le Droit des Affaires/sous la direction de Jeanne Boucoucheliev [Commission Européenne], Luxembourg 1997.
- Boucoucheliev, Jeanne / Hommelhoff, Peter:** Vorschläge für eine Europäische Privatgesellschaft, Köln 1999.
- Braun, Silvia:** Die Sicherung der Unternehmensmitbestimmung im Lichte des europäischen Rechts, Baden-Baden 2005.
- Bremer, Jan:** Neues Grünbuch zum EU-Gesellschaftsrecht angekündigt, NZG 2011, S. 695.
- Brinkhorst, Laurens Jan:** Staatliche Souveränität innerhalb der EU?, ZEW Nr. 181.
- Brocker, Moritz:** Die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, BB 2010, S. 971-977.
- Brocker, Till:** Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance, München 2006.
- Brouwer, Tobias:** Unternehmensrechtliche Herausforderungen der 18. Legislaturperiode aus Sicht der Realwirtschaft, NZG 2014, S. 201-206.
- Callies, Christian:** Nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Parlamentarische Integrationsverantwortung auf europäischer und nationaler Ebene, ZG 2011, S. 1-34.

- Calliess, Christian / Ruffert, Matthias:** EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 4. Aufl., München 2011.
- Casper, Matthias / Schäfer, Carsten:** Die Vorrats-SE - Zulässigkeit und wirtschaftliche Neugründung, ZIP 2007, S. 653-662.
- Casper, Matthias:** Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE - Gesellschaftsrechtliche Reformvorschläge, ZHR 173 (2009), S. 181-221.
- Conchon, Aline:** Unternehmensmitbestimmung in Europa: Fakten und Trends zur Rechtslage, Bericht 121, Europäisches Gewerkschaftsinstitut, Brüssel 2011.
- Däubler, Wolfgang / Hjort, Jens Peter / Schubert, Michael / Wolmerath, Martin:** Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen, Handkommentar (zit.: *Autor*, in: HK-ArbR), 2. Aufl., Baden-Baden 2010.
- Däubler, Wolfgang:** Grenzüberschreitende Fusion und Arbeitsrecht, DB 1988, S. 1850-1854.
- Dausen, Manfred A.:** Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 31. Ergänzungslieferung, München Juli 2012.
- Dejmek, Paulina:** Das künftige Europa und die Europäische Privatgesellschaft, NZG 2001, S. 878-884.
- Dejmek, Paulina:** GmbHR 2002, R 217.
- Di Marco, Giuseppe:** Der Vorschlag der Kommission für eine 14. Richtlinie, ZGR 1999, S. 3-19.
- Drinhausen, Florian / Keinath, Astrid:** Die grenzüberschreitende Verschmelzung inländischer Gesellschaften nach Erlass der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in Europa, RIW 2006, S. 81-87.
- Eder, Cajetan J.:** Die monistisch verfasste Societas Europaea - Überlegungen zur Umsetzung eines CEO-Modells, NZG 2004, S. 544-547.
- Ehricke, Ulrich:** Die Überwindung von Akzeptanzdefiziten als Grundlage zur Schaffung neuer supranationaler Gesellschaftsformen in der EU, RabelsZ 64 (2000), S. 497-516.
- Eidenmüller, Horst:** Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt, JZ 2004, S. 24-33.
- Eidenmüller, Horst / Engert, Andreas / Hornuf, Lars:** Die Societas Europaea - Empirische Bestandsaufnahme und Entwicklungslinien einer neuen Rechtsform, AG 2008, S. 721-730.
- Eidenmüller, Horst / Engert, Andreas / Hornuf, Lars:** Vom Wert der Wahlfreiheit: Eine empirische Analyse der Societas Europaea als Rechtsformalternative, AG 2009, S. 845-855.

**Eidenmüller, Horst / Engert, Andreas / Hornuf, Lars:** Incorporating under European Law: The Societas Europaea as a Vehicle for Legal Arbitrage, EBOR 2009, S. 1-33.

**Eidenmüller, Horst:** Recht als Produkt, JZ 2009, S. 641-696.

**Eidenmüller, Horst / Lasák, Jan:** Das tschechische *Societas Europaea*-Rätsel, in: Erle, Bernd / Goette, Wulf / Kleindiek, Detlef / Krieger, Gerd / Priester, Hans-Joachim / Schubel, Christian / Schwab, Martin / Teichmann, Christoph / Witt, Carl-Heinz (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, S. 187-204, Köln 2012.

**Europäische Kommission:** Die Regelung der Arbeitsbedingungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Band 1, Luxemburg 1999.

**Europäische Kommission:** EU-Kommission: Konsultation zur Zukunft des europäischen Gesellschaftsrechts, EuZW 2012, S. 203.

**Fietz, Eike H.:** Die Europäische Privatgesellschaft (EPG) – wird sie kommen?, GmbHR 2007, R 321-R322.

**Figge, Jutta:** Mitbestimmung auf Unternehmensebene in Vorschlägen der Europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden 1992.

**Finthammer, Volker:** Ein Irrtum der Geschichte?, Deutschlandradio am 9.11.2004, abrufbar unter <http://www.dradio.de/dlf/sendungen/hintergrundpolitik/320354/>.

**Fitting, Karl / Wlotzke, Otfried / Wißmann, Hellmut / Koberski, Wolfgang / Kleinsorge, Georg:** Mitbestimmungsrecht, Mitbestimmungsgesetz, Montan-Mitbestimmung, Drittelbeteiligungsgesetz, Mitbestimmung auf europäischer Ebene, Kommentar, 4. Aufl., München 2011.

**Fitting, Karl / Engels, Gerd:** Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 26. Aufl., München 2012.

**Fleischer, Holger:** Der Einfluß der Societas Europaea auf die Dogmatik des deutschen Gesellschaftsrechts, AcP 204 (2004), S. 502-543.

**Fleischer, Holger:** Legal Transplants im deutschen Aktienrecht, NZG 2004, S. 1129-1137.

**Fleischer, Holger:** Supranationale Gesellschaftsformen in der Europäischen Union, ZHR 174 (2010), S. 385-429.

**Forst, Gerrit:** Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Vorrats-SE, NZG 2009, S. 687-692.

**Forst, Gerrit:** Arbeitnehmerbeteiligung im Verordnungsvorschlag für eine Europäische Privatgesellschaft (SPE), ZESAR 2009, S. 261-266.

**Forst, Gerrit:** Beteiligung der Arbeitnehmer in der Vorrats-SE, RdA 2010, S. 55-59.

**Frenz, Walter:** Unanwendbares Europarecht nach Maßgabe des BVerfG?, EWS 2009, S. 297-303.

**Ganske, Joachim:** Das Recht der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), München 1988.

- Girndt, Cornelia:** Planspiele zur Abschaffung der Mitbestimmung, Magazin Mitbestimmung 01+02/2004.
- Gleichmann, Karl:** Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung, ZHR 149 (1985), S. 633-650.
- Gloria, Christian / Karbowski, E. Alexander:** Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) Rechtsgrundlagen, Zweck und Unternehmensgegenstand sowie Gründung einer EWIV mit Sitz in der Bundesrepublik, WM 1990, S. 1313-1322.
- Goette, Wulf / Habersack, Mathias / Kalss, Susanne:** Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 7, Europäisches Aktienrecht: SE-VO/SEBG/Europäische Niederlassungsfreiheit (zit.: *Autor*, in: MÜKo AktG), 3. Aufl., München 2012.
- Gorton, G. / Schmid, F.:** Capital, Labor and the Firm: A study of German Codetermination. In: Journal of the European Economic Association, Vol. 2, 2004.
- Groebe, Hans von der / Schwarze, Jürgen:** Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 4: Art.198-314 EGV, 6. Aufl., Baden-Baden 2004.
- Gower, Laurence C. B. / Davies, Paul L.:** Principles of Modern Company Law, 8th ed., London 2008.
- Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard / Nettesheim, Martin:** Das Recht der Europäischen Union, Band I, EUV, AEUV, 53. Ergänzungslieferung, München Mai 2014.
- Greulich, Sven:** Neues zum Gläubigerschutz bei der Societas Privata Europaea, Der Konzern 2009, S. 229-235.
- Grobys, Marcel:** SE-Betriebsrat und Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, NZA 2005, S. 84-91.
- Grundmann, Stefan:** Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2011.
- Gutsche, Robert:** Ein Plädoyer für die „Euro-GmbH“, in: Erle, Bernd / Goette, Wulf / Klein-diek, Detlef / Krieger, Gerd / Priester, Hans-Joachim / Schubel, Christian / Schwab, Martin / Teichmann, Christoph / Witt, Carl-Heinz (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, S. 285-301, Köln 2012.
- Habersack, Mathias:** Konzernrechtliche Aspekte der Mitbestimmung in der Societas Europaea, Der Konzern 2006, S. 105-112.
- Habersack, Mathias / Verse, Dirk A.:** Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., München 2011.
- Habersack, Mathias:** Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages München 2012: Band I: Gutachten / Teil E: Staatliche und halbstaatliche Eingriffe in die Unternehmensführung, München 2012.
- Hadding, Walther / Kießling, Erik:** Die Europäische Privatgesellschaft (Societas Privata Europaea – SPE), WM 2009, S. 145-158.

- Häde, Ulrich:** Jenseits der Effizienz: Wer kontrolliert die Kontrolleure?, EuZW 2011, S. 662-666.
- Hauschka, Christoph E.:** Entwicklungslinien und Integrationsfragen der gesellschaftsrechtlichen Akttypen des Europäischen Gemeinschaftsrechts, AG 1990, S. 85-103.
- Heckschen, Heribert:** Auslandsbeurkundung und Richtigkeitsgewähr, DB 1990, S. 161-165.
- Heckschen, Heribert:** Die SE als Option für den Mittelstand, in: Aderhold, Lutz / Grunewald, Barbara / Klingberg, Dietgard (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, S. 999-1018, Köln 2008.
- Heidenhain, Martin / Meister, Burkhardt W.:** Münchner Vertragshandbuch, Band 1, 7. Aufl., München 2011.
- Heinze, Meinhard:** ECLR Die Europäische Aktiengesellschaft, ZGR 2002, S. 66-95.
- Henssler, Martin:** Unternehmerische Mitbestimmung in der Societas Europaea, in: Habersack, Mathias / Hommelhoff, Peter / Hüffer, Uwe (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, S. 193-210, Berlin 2003.
- Henssler, Martin:** Bewegung in der deutschen Unternehmensmitbestimmung, RdA 2005, S. 330-337.
- Henssler, Martin:** Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE - Mitbestimmungsrechtliche Reformvorschläge, ZHR 173 (2009), S. 222-249.
- Henssler, Martin / Strohn, Lutz:** Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., München 2014.
- Henssler, Martin:** Unternehmensmitbestimmung in Europa, Der Gesellschafter 2011, S. 6-15.
- Henssler, Martin:** Droht eine dauerhafte Blockade durch unterschiedliche Mitbestimmungsvorstellungen?, DB 40/2011, Standpunkte, S. 71-72.
- Henssler, Martin / Willemsen, Heinz Josef / Kalb, Heinz-Jürgen:** Arbeitsrecht Kommentar, 5. Aufl., Köln 2012.
- Helms, Dietmar:** Die Europäische Privatgesellschaft, Köln 1998.
- Helms, Dietmar:** Die Societas Privata Europaea (SPE), in: Erle, Bernd / Goette, Wulf / Kleindiek, Detlef / Krieger, Gerd / Priester, Hans-Joachim / Schubel, Christian / Schwab, Martin / Teichmann, Christoph / Witt, Carl-Heinz (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, S. 369-381, Köln 2012.
- Hellwig, Hans-Jürgen / Behme, Caspar:** Gemeinschaftsrechtliche Probleme der deutschen Unternehmensmitbestimmung, AG 2009, S. 261-278.
- Hellwig, Hans-Jürgen / Behme, Caspar:** Die deutsche Unternehmensmitbestimmung im Visier von Brüssel?, AG 2011, S. 740-746.
- Heuschmid, Johannes:** Unternehmensmitbestimmung nach der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, AuR 2006, S. 184-192.

- Heuschmid, Johannes:** Mitentscheidung durch Arbeitnehmer – ein europäisches Grundrecht?, Baden-Baden 2009.
- Hirte, Heribert:** Die Europäische Aktiengesellschaft, NZG 2002, S. 1-10.
- Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.):** Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesellschaft (zit.: *Autor*, in: MÜHdb GesR), 3. Aufl. München 2007.
- Hölscheidt, Sven:** Die Verantwortung des Bundestags für die europäische Integration, DÖV 2012, S. 105-112.
- Hommelhoff, Peter:** Die „Société fermée européenne“, WM 1997, S. 2101-2109.
- Hommelhoff, Peter / Helms, Dietmar:** Neue Wege in die Europäische Privatgesellschaft, Köln 2001.
- Hommelhoff, Peter:** Die Gesetzgebungsinitiative des Europäischen Parlaments zur Europäischen Privatgesellschaft, in: Hommelhoff, Peter / Rawert, Peter / Schmidt, Karsten (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag, S. 245-257, Köln 2007.
- Hommelhoff, Peter:** Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung Nr. 163 Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Bonn 2008.
- Hommelhoff, Peter / Teichmann, Christoph:** Eine GmbH für Europa: Der Vorschlag der EU-Kommission zur Societas Privata Europaea (SPE), GmbHR 2008, S. 897-911.
- Hommelhoff, Peter / Krause, Rüdiger / Teichmann, Christoph:** Arbeitnehmer-Beteiligung in der Europäischen Privatgesellschaft (SPE) nach dem Verordnungsvorschlag: Zehn Empfehlungen zu seiner Fortschreibung, GmbHR 2008, S. 1193-1204.
- Hommelhoff, Peter:** Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung, ZEW Nr. 163, Bonn 2008.
- Hommelhoff, Peter / Hopt, Klaus J. / Werder, Axel v.:** Handbuch Corporate Governance (zit.: *Autor*, in: Hdb CG), 2. Aufl., Stuttgart 2009.
- Hommelhoff, Peter / Teichmann, Christoph:** Die SPE vor dem Gipfelsturm, GmbHR 2010, S. 337-349.
- Hommelhoff, Peter:** Die SPE: kein Instrument zur Umgehung der Mitbestimmung, AuR 2011, S. 202-204.
- Hommelhoff, Peter:** SPE-Mitbestimmung bei grenzüberschreitenden Sitzverlegungen nach dem schwedischen Verordnungsentwurf, in: Burgard, Ulrich / Hadding, Walther / Mühlbert, Peter O. / Welter, Reinhard / Nietsch, Michael (Hrsg.), Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, S. 547-557, Köln 2011.
- Hommelhoff, Peter:** SPE-Mitbestimmung: Strukturen, Wertungen und rechtspolitische Kompromisslinien, ZEuP 2011, S. 7-40.
- Hommelhoff, Peter:** Die vereinfachte Einmann-Gesellschaft (SMC): Eine Alternative zur SPE?, AG 2013, S. 211-221.

- Hommelhoff, Peter / Teichmann, Christoph:** Die Wiederbelebung der SPE, GmbHR 2014, S. 177-186.
- Hopt, Klaus J.:** in: Due, Ole / Lutter, Marcus / Schwarze, Jürgen (Hrsg.) Festschrift für Ulrich Everling, Band 1, S. 475-492, Baden-Baden 1995.
- Hopt, Klaus J.:** Europäisches Gesellschaftsrecht – Krise und neue Anläufe, ZIP 1998, S. 96-106.
- Hopt, Klaus J.:** Europäisches Gesellschaftsrecht: Quo vadis?, EuZW 2012, S. 481-482.
- Jahn, Gabriele:** Die gemeinschaftlich handelnden Mitglieder einer deutschen Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), Berlin 1996.
- Jannot, Dirk / Frodermann, Jürgen:** Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft – Societas Europaea – Heidelberg 2005.
- Jarass, Hans Dieter / Pieroth, Bodo:** Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl., München 2014.
- Joost, Detlev:** Gesetzgebung und Unternehmensmitbestimmung, in: Annuß, Georg, Picker, Eduard, Wißmann, Hellmut (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag, S. 573-585.
- Jung, Stefanie:** Welche SPE braucht Europa?, DStR 2009, S. 1700-1709.
- Jung, Stefanie:** Die „schwedische“ Societas Privata Europaea, BB 2010, S. 1233-1240.
- Junge, Werner:** Die Zukunft der GmbH in der Europäischen Gemeinschaft, GmbHR 1992, S. 225-231.
- Kaiser, Martin:** Die Europäische Privatgesellschaft und die spanische Sociedad de Responsabilidad Limitada, Baden-Baden 2008.
- Kämmerer, Jörn Axel:** Integrationsverantwortung: Ein neuer Topos aus Karlsruher Werkstatt, RabelsZ 76 (2012), S. 253-275.
- Keller, Berndt / Werner, Frank:** Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) – Empirische Befunde und (un-)erwartete Konsequenzen, WSI-Mitteilungen 2009, S. 416-424.
- Kepper, Katrin:** Die mitbestimmte monistische SE deutschen Rechts, Frankfurt am Main 2010.
- Kisker, Olaf:** Unternehmerische Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, der Europäischen Genossenschaft und bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung im Vergleich, RdA 2006, S. 206-212.
- Kittner, Michael:** Die „Europäische Kooperationsvereinigung“, Ein taugliches Instrument zur Ordnung des europäischen Konzentrationsprozesses?, ZGR 1975, S. 48-67.
- Kittner, Michael:** Grundprobleme der Arbeitnehmerbeteiligung in den Aufsichtsräten eines Konzerns, AuR 1976, S. 6-15.



- Kleinhenz, Holger Michael:** Die grenzüberschreitende Verschmelzung unter Beteiligung deutscher Unternehmen nach Umsetzung der Richtlinie 2005/56/EG, Taunusstein 2008.
- Kleinsorge, Georg / Freis, Gerhild:** SE-Beteiligungsgesetz, Kommentar, 1. Aufl., Baden-Baden 2012.
- Kneisel, Katharina:** Die Europäische Privatgesellschaft (SPE) im Konzern, Frankfurt 2012.
- Koberski, Wolfgang / Heuschmid, Johannes:** Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Privatgesellschaft, RdA 2010, S. 207-216.
- Kocka, Jürgen:** Exklusiv Online Geschichte und Zukunft der Mitbestimmung, Magazin Mitbestimmung 04/2006.
- Kolvenbach, Walter:** Die Fünfte EG-Richtlinie über die Struktur der Aktiengesellschaft (Strukturrichtlinie), DB 1983, S. 2235-2241.
- Kolvenbach, Walter:** Die Europäische Gemeinschaft und die deutsche Mitbestimmung (II), DB 1986, S. 2023-2026.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften:** Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 8/75, Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Struktur der Gesellschaften.
- Konzen, Horst:** Auswirkungen der europäischen Rechtsentwicklung auf das deutsche Arbeitsrecht - eine aktuelle Zwischenbilanz, ZfA 2005, S. 189-209.
- Köstler, Roland / Werner, Frank:** SE zwischen Eiszeit und Europa, Magazin Mitbestimmung 12/2007.
- Köstler, Roland:** Interview „Diesen Entwurf muss man ablehnen“, Magazin Mitbestimmung 10/2008.
- Köstler, Roland:** SE-Gründungen: Viele nur auf dem Papier, Böcklerimpuls 11/2011, S. 3.
- Köstler, Roland:** Die Europäische Aktiengesellschaft, 5. Aufl., Düsseldorf 2011.
- Kottmann, Matthias / Wohlfahrt, Christian:** Der gespaltene Wächter? Demokratie, Verfassungsidentität und Integrationsverantwortung im *Lissabon*-Urteil, ZaöRV 2009, S. 443-470.
- Kraft, Kornelius / Ugarkovic, Marija:** Gesetzliche Mitbestimmung und Kapitalrendite, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik Bd. 226, Heft 5, S. 588-604, Stuttgart 2006.
- Krause, Nils / Janko, Markus:** Grenzüberschreitende Verschmelzungen und Arbeitnehmermitbestimmung, BB 2007, S. 2194-2197.
- Krause, Rüdiger:** Die Stellung von KMU im europäischen Gesellschaftsrecht, EuZW 2003, S. 747-751.
- Krause, Rüdiger:** Sarbanes-Oxley Act und deutsche Mitbestimmung, WM 2003, S. 762-771.

- Krause, Rüdiger:** Zum Vorhaben einer Europäischen Privatgesellschaft, in: Krause, Rüdiger / Veelken, Winfried / Vieweg, Klaus (Hrsg.), Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa, Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer, S. 387-414, Berlin 2004.
- Krause, Rüdiger:** Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE), BB 2005, S. 1221-1229.
- Krause, Rüdiger:** Zur Bedeutung des Unionsrecht für die unternehmerische Mitbestimmung, AG 2012, S. 485-497.
- Krause, Rüdiger:** The European Private Company – Societas Privata Europaea (SPE), ECFR 2013, Special Volume 3, Edited by Hirte, Heribert and Teichmann, Christoph, S. 375-395.
- Krebber, Sebastian:** Soziale Rechte in der Gemeinschaftsrechtsordnung, RdA 2009, S. 224-236.
- Kretschmer, Silke:** Die Europäische Privatgesellschaft, gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Aspekte einer europäischen Gesellschaftsform in ihren Bezügen zum nationalen Gesellschafts- und Steuerrecht, Dresden 2005.
- Krieger, Albrecht:** Muss die Mitbestimmung der Arbeitnehmer das europäische Gesellschaftsrecht blockieren?, in: Löwisch, Manfred / Schmidt-Leithoff, Christian / Schmiedel, Burkhard (Hrsg.) Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag, S. 303-321, München 1991.
- Kuck, Sebastian / Weiss, Michael:** Der Initiativbericht des Europäischen Parlaments für eine Europäische Privatgesellschaft, Der Konzern 2007, S. 498-505.
- Kuck, Sebastian:** Die Europäische Privatgesellschaft nach dem Votum des Europäischen Parlaments, Der Konzern 2009, S. 131-136.
- Leible, Stefan:** Niederlassungsfreiheit und Sitzverlegungsrichtlinie, ZGR 2004, S. 531-558.
- Loritz, Karl-Georg:** Unternehmerische Mitbestimmung in deutschen Großunternehmen und Qualität der Aufsichtsratsarbeit, ZfA 2009, S. 477-540.
- Lüdicke, Jochen / Sistermann, Christian:** Unternehmenssteuerrecht, 1. Aufl., München 2008.
- Lunk, Stefan / Hinrichs, Lars:** Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen nach dem MgVG, NZA 2007, S. 773-780.
- Lutter, Marcus:** Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Berlin 1984.
- Lutter, Marcus / Bayer, Walter / Schmidt, Jessica:** Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Sonderheft 1, Teil 1, 5. Aufl., Berlin, Boston 2012.
- Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter:** SE-Kommentar, Köln 2008.
- Manz, Gerhard / Mayer, Barbara / Schröder, Albert:** Europäische Aktiengesellschaft, SE, Kommentar (zit.: Autor, in: MMS), 2. Aufl., Baden-Baden 2010.

- Matyk, Stephan:** Die Europäische Privatgesellschaft - vom Race to the bottom zum Qualitätslabel? Einige rechtspolitische Gedanken zum Vorschlag der Europäischen Kommission, GPR 2009, S. 2-7.
- Maul, Silja:** Vorschläge der Expertengruppe zur Reform des EU-Gesellschaftsrechts, DB 2003, S. 27-31.
- Maul, Silja / Lanfermann, Georg / Eggenhofer, Erich:** Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Reform des Europäischen Gesellschaftsrechts, BB 2003, S. 1289-1295.
- Maul, Silja / Röhricht, Victoria:** Die Europäische Privatgesellschaft – Überblick über eine neue supranationale Rechtsform, BB 2008, S. 1574-1579.
- Mävers, Gunther:** Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft, Baden-Baden 2002.
- Mayer, Franz C.:** Rashomon in Karlsruhe, NJW 2010, S. 714-718.
- Meyer-Landrut, Andreas:** Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung [Gründungsvertrag und innere Verfassung einer EWIV mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland], Stuttgart 1988.
- Michalski, Lutz:** Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band I, Systematische Darstellungen, §§ 1-34 GmbHG, 2. Aufl., München 2010.
- Möslein, Florian:** Europäische Zertifizierung mitgliedschaftlichen GmbH-Rechts, ZHR 176 (2012), S. 470-512.
- Monti, Mario:** Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, WM 1997, S. 607-608.
- Mnookin, Robert H. / Kornhauser, Lewis:** Bargaining in the shadow of the Law: The Case of Divorce, The Yale Law Journal 1979, pp. 950-997.
- Müller-Bonanni, Thomas / Melot de Beauregard, Paul:** Mitbestimmung in der Societas Europaea, GmbHR 2005, S. 195-200.
- Müller-Bonnani, Thomas / Müntefering, Michael:** Grenzüberschreitende Verschmelzung ohne Arbeitnehmerbeteiligung?, NJW 2009, S. 2347-2353.
- Müller-Graff, Peter-Christian:** Gesellschaftsrecht im Kontext des Europäischen Wirtschaftsordnungsrechts, EWS 2009, S. 489-502.
- Müller-Graff, Peter-Christian:** Soziale Marktwirtschaft als neuer Primärrechtsbegriff der Europäischen Union, in: Müller-Graff, Peter-Christian / Schmahl, Stefanie / Skouris, Vassilios (Hrsg.), Festschrift für Dieter H. Scheuing zum 70. Geburtstag, S. 600-623.
- Müller-Gugenberger, Christian:** EWIV-Die neue europäische Gesellschaftsform, NJW 1989, S. 1449-1458.
- Münch, Ingo von / Kunig, Philip:** Grundgesetz Kommentar Band 1 Präambel, Art. 1-69, 6. Aufl., München 2012.

- Nagel, Bernhard:** Die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, NZG 2006, S. 97-100.
- Nagel, Bernhard:** Das Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen (MgVG), NZG 2007, S. 57-59.
- Nagel, Bernhard / Freis, Gerhild / Kleinsorge, Georg:** Beteiligung der Arbeitnehmer im Unternehmen auf der Grundlage des europäischen Rechts (zit.: *Autor*, in: NFK), 2. Aufl., Berlin 2009.
- Nietzer, Wolf M. / Stadie, Volker:** Die Familienstiftung & Co. KG - eine Alternative für die Nachfolgeregelung bei Familienunternehmen, NJW 2000, S. 3457-3461.
- Kluge, Norbert / Heuschmid, Johannes:** Political state of play concerning the Tenth Company Law Directive on cross-border mergers, Transfer 2005, S. 295-299.
- Kluge, Norbert / Schömann, Isabelle:** Corporate governance, workers' participation and CSR: the way to a good company, Transfer 2008, S. 13-26.
- Nettesheim, Martin:** Die Integrationsverantwortung – Vorgaben des BVerfG und gesetzgeberische Umsetzung, NJW 2010, S. 177-183.
- Neye, Hans-Werner:** Die neue Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, ZIP 2005, S. 1893-1898.
- Neye, Hans-Werner:** Die Europäische Privatgesellschaft: Uniformes Recht ohne Harmonisierungsgrundlage?, in: Kindler, Peter / Koch, Jens / Ulmer, Peter / Winter, Martin (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, S. 717-722, München 2010.
- Nikoleyczik, Tobias / Führ, Thorsten:** Mitbestimmungsgestaltung im grenzüberschreitenden Konzern, DStR 2010, S. 1743-1750.
- Nowak, Carsten:** Binnenmarktziel und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union vor und nach dem Reformvertrag von Lissabon, in: Hatje/Schwarze (Hrsg.), Der Reformvertrag von Lissabon, EuR Beiheft 1/2009, S. 129-192.
- Peters, Carsten / Wüllrich, Philipp:** Gesellschaftsrechtliche Einigung Europas durch die Societas Privata Europaea (SPE), DB 2008, S. 2179-2187.
- Peters, Carsten / Wüllrich, Philipp:** Grenzenlose gesellschaftsrechtliche Flexibilität – die Societas Privata Europaea (SPE), NZG 2008, S. 807-812.
- Pfennig, Jörn:** Gläubigerschutz bei der Europäischen Privatgesellschaft, Baden-Baden 2011.
- Prange, Sven:** „Aufsichtsrat Ahnungslos“, Artikel im Handelsblatt vom 11.07.2009.
- Priester, Hans-Joachim:** EU-Sitzverlegung – Verfahrensablauf, ZGR 1999, S. 36-53.
- Prütting, Jens:** Markt- und Chancengerechtigkeit – Plädoyer für ein autonom europäisches Gesellschaftsrecht, JZ 2014, S. 381-388.
- Raabe, Nico:** Die Mitbestimmung im Aufsichtsrat, Berlin 2011.

- Raiser, Thomas:** Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen, Gutachten B auf dem 66. Deutschen Juristentag, München 2006.
- Raiser, Thomas / Veil, Rüdiger:** Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, Kommentar (zit.: *Raiser/Veil*), 5. Aufl., Berlin 2009.
- Reichert, Jochem / Brandes, Stephan M.:** Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE - Gestaltungsfreiheit und Bestandsschutz, ZGR 2003, S. 767-799.
- Reimann, Wolfgang:** Die rechtsfähigen Stiftungen in der Kautelarpraxis, DNotZ 2012, S. 250-269.
- Reinhard, Thorsten:** Zur Frage, ob die Handelsregistereintragung einer arbeitnehmerlosen Europäischen (Tochter-) Aktiengesellschaft zwingend eine Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung voraussetzt, RIW 2006, S. 68-70.
- Richardi, Reinhard / Wlotzke, Otfried / Wißmann, Hellmut / Oetker, Hartmut:** Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, Kollektivarbeitsrecht/Sonderformen (zit.: *Autor*, in: MÜHdb ArbR), 3. Aufl., München 2009.
- Rieble, Volker:** Zukunft der Unternehmensmitbestimmung: 1. ZAAR-Kongress, München 2004.
- Rieble, Volker:** Schutz vor paritätischer Unternehmensmitbestimmung, BB 2006, S. 2018-2023.
- Rieble, Volker / Junker, Abbo / Giesen, Richard:** Arbeitsrecht im Konzern: 2. ZAAR-Tagung, München 2011.
- Rieble, Volker / Latzel, Clemens:** Inlandsmitbestimmung als Ausländerdiskriminierung bei Standortkonflikten, EuZA 2011, S. 145-170.
- Ries, Peter:** Societas Unius Personae – cui bono?, NZG 2014, S. 569-570.
- Ringleb, Henrik-Michael / Kremer, Thomas / Lutter, Marcus / Werder, Axel v.:** Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, Kodex-Kommentar, 4. Aufl., München 2010.
- Roesener, Astrid:** Das Warten auf Aktion: Der Aktionsplan zum Europäischen Gesellschaftsrecht und die Societas Privata Europaea, NZG 2013, S. 241-244.
- Rohleder, Kristin:** Die Beteiligung des Deutschen Bundestages an der europäischen Rechtsetzung in Theorie und Praxis, ZG 2011, S. 105-122.
- Roth, Günter H.:** Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch – ein internationaler Vergleich, Köln 1990.
- Ruffert, Matthias:** Nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts – zur Anatomie einer Debatte, ZSE 2009, S. 381-398.
- Salomon, Pascal Alexander:** Regelungsaufträge in der Societas Privata Europea, Frankfurt am Main 2010.

- Schaffland, Hans-Jürgen:** Die Europäische Genossenschaft - Eine neue Rechtsform, DWiR 1991, S. 18-21.
- Schaffland, Hans-Jürgen / Korte, Otto:** Das Genossenschaftsgesetz im Zeichen der Europäisierung und Internationalisierung, NZG 2006, S. 253-254.
- Schlüter, Andreas:** Die EWIV: Modellfall für ein europäisches Gesellschaftsrecht?, EuZW 2002, S. 589-594.
- Schmidt, Jessica:** Der Vorschlag für eine Verordnung über die europäische Privatgesellschaft (SPE) – eine europäische Rechtsform speziell für KMU, EWS 2008, S. 455-463.
- Schmidt, Karsten (Hrsg.):** Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 2, §§ 105-160 HGB (zit.: *Autor*, in: MÜKo HGB), 3. Aufl., München 2011.
- Schorkopf, Frank:** Die Europäische Union im Lot, Karlsruhes Rechtsspruch zum Vertrag von Lissabon, EuZW 2009, S. 718-724.
- Schubert, Claudia:** Die Arbeitnehmerbeteiligung bei der Europäischen Gesellschaft ohne Arbeitnehmer, ZESAR 2006, S. 340-348.
- Schubert, Claudia:** Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitender Verschmelzung, RdA 2007, S. 9-17.
- Schulze, Reiner (Hrsg.):** Europäische Genossenschaft SCE Handbuch (zit.: *Autor*, in: Handbuch SCE), Baden-Baden 2004.
- Schulze, Reiner:** Die Europäische Genossenschaft (SCE), NZG 2004, S. 792-796.
- Schwarz, Günter Christian:** Zum Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ZIP 2001, S. 1847-1861.
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.):** EU-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012.
- Scriba, Michael O. E.:** Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung, Heidelberg 1988.
- Seibt, Christoph H.:** Arbeitnehmerlose Societas Europaea, ZIP 2005, S. 2248-2250.
- Sick, Sebastian / Thannisch, Rainald:** Die Europäische Privatgesellschaft – Damoklesschwert für die Mitbestimmung?, AuR 2011, S. 155-159.
- Sick, Sebastian / Thannisch, Rainald:** Die SPE - Die Besorgnis bleibt, AuR 2011, S. 246-247.
- Sick, Sebastian / Pütz, Lasse:** Der deutschen Unternehmensmitbestimmung entzogen: Die Zahl der Unternehmen mit ausländischer Rechtsform wächst, WSI Mitteilungen 2011, S. 34-40.
- Sick, Sebastian:** Unternehmensmitbestimmung in Europa – Schutz erworbener Rechte im Wettbewerb der Rechtsordnungen, in: Schubert, Jens M. (Hrsg.), Festschrift für Otto Ernst Kempen zum 70. Geburtstag, S. 361-383, Baden-Baden 2013.

- Sigle, Walter:** Zur Mitbestimmung bei der SE & Co. KG, in: Erle, Bernd / Goette, Wulf / Kleindiek, Detlef / Krieger, Gerd / Priester, Hans-Joachim / Schubel, Christian / Schwab, Martin / Teichmann, Christoph / Witt, Carl-Heinz (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, S. 1123-1132, Köln 2012.
- Spindler, Gerald / Stilz, Eberhard:** Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, §§ 150-410, IntGesR, SpruchG, SE-VO, 2. Aufl., München 2010.
- Staudinger, Julius v.:** Kommentar zum BGB mit EGBGB und Nebengesetzen, EGBGB, Neubearbeitung, Berlin 2007.
- Striebeck, Christian:** Reform des Aktienrechts durch die Strukturrichtlinie der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt am Main 1992.
- Teichmann, Christoph:** Gestaltungsfreiheit im monistischen Leitungssystem der Europäischen Aktiengesellschaft, BB 2004, S. 53-60.
- Teichmann, Christoph:** Mitbestimmung und grenzüberschreitende Verschmelzung, Der Konzern 2007, S. 89-98.
- Teichmann, Christoph / Limmer, Peter:** Die Societas Privata Europaea (SPE) aus notarieller Sicht – eine Zwischenbilanz nach dem Votum des Europäischen Parlaments, GmbHR 2009, S. 537-540.
- Teichmann, Christoph:** FTD Artikel vom 31.5.2011.
- Teichmann, Christoph:** Europäische GmbH am Scheideweg: Supranationale Rechtsform oder harmonisierte Einpersonengesellschaft?, ZRP 2013, S. 169-172.
- Theisen, Manuel René / Wenz, Martin:** Die Europäische Aktiengesellschaft : Recht, Steuern und Betriebswirtschaft der Societas Europaea (SE), 2. Aufl., Stuttgart 2005.
- Theuffel-Werhahn, Berthold / Siebert, Astrid:** Die erfolgreiche Verwaltung des Stiftungsvermögens als umfassende Herausforderung an das Stiftungsmanagement, ZStV 2013, S. 1-8.
- Tornau, Joachim F.:** Präzise platziert, Magazin Mitbestimmung 10/2011.
- Trappe, Sebastian:** Unternehmensmitbestimmung und unternehmensverbundene Stiftungen, Frankfurt am Main 2010.
- Ulmer, Peter / Habersack, Mathias / Henssler, Martin:** Mitbestimmungsrecht, Kommentierung des MitbestG, der DrittelbG des SEBG und des MgVG (zit.: *Autor*, in: UHH), 3. Aufl., München 2013.
- Ulrich, Stephan:** Die Societas Privata Europaea - endgültig abgelehnt!, GmbHR 2011, R241-R242.
- Ulshöfer, Gotlind / Feuchte, Beate:** Finanzmarktakteure und Corporate Social Responsibility, Wiesbaden 2011.

- Vitols, Sigurt:** Ökonomische Auswirkungen der paritätischen Mitbestimmung: Eine ökonomische Analyse. Gutachten im Auftrag des DGB Bundesvorstandes, Bereich Mitbestimmung und Unternehmenspolitik, Berlin 2006.
- Vitols, Sigurt / Heuschmid, Johannes:** European company law and the Sustainable Company: a stakeholder approach, Vol. II, Brüssel 2012.
- Weninger, Heike:** Mitbestimmungsspezifische Interessenkonflikte von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat, Köln 2011.
- Weiss, Manfred:** Zur Europäisierung der Arbeitsbeziehungen – eine Skizze, AuR 2011, S. 393-395.
- Wicke, Hartmut:** Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels, DStR 2012, S. 1756-1759.
- Wiesner, Peter M.:** Wann kommt die Europäische Kooperationsvereinigung?, WuW 1979, S. 741-744.
- Wiesner, Peter M.:** Europäisches Unternehmensrecht, ZIP 2000, S. 1792-1812.
- Wiesner, Peter M.:** Neue Brüsseler Impulse für Corporate Governance und Gesellschaftsrecht, BB 2003, S. 213-217.
- Winkeljohann, Norbert / Theuffel-Werhahn, Berthold / Siebert, Astrid:** Foundation Governance: Mit verantwortungsvoller Stiftungsführung überzeugen, in: Lauterbach, Andrea / Brauner, Detlef Jürgen (Hrsg.), Corporate Finance, Anregungen für Stiftungen und Kapitalanleger, S. 227-234, Sternenfels 2012.
- Winkler, Daniela:** Vergangenheit und Zukunft der Flexibilitätsklausel im Spannungsfeld von unionalem Integrations- und mitgliedstaatlichem Souveränitätsanspruch, EuR 2011, S. 384-405.
- Wirtschafts- und Sozialausschuss der Europäischen Gemeinschaften:** Stellungnahme zu Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Struktur der Gesellschaften, Brüssel 1978.
- Wittreck, Fabian:** Wächter wider Willen, ZG 2011, S. 122-135.
- Wlotzke, Otfried / Wißmann, Hellmut / Koberski, Wolfgang / Kleinsorge, Georg:** Mitbestimmungsrecht, Kommentar (zit.: *Autor*, in: WWKK), 4. Aufl., München 2011.
- Zachert, Ulrich:** Die Arbeitnehmergrundrechte in einer Europäischen Grundrechtscharta, NZA 2001, S. 1041-1046.
- Ziegler, Katja:** Grundfreiheiten und soziale Dimensionen des Binnenmarktes – die Verfassung als Impuls?, in: Das Binnenmarktziel in der europäischen Verfassung (Europa-recht Beiheft 3/2004; herausgegeben von Hatje, Armin / Terhechte, Jörg Philipp), Baden-Baden 2004.
- Zimmer, Heiko:** Das "Koppelungsgebot" der SE-VO auf dem Prüfstand, EWS 2010, S. 222-228.



## Lebenslauf

Am 6. Januar 1982 wurde ich als Tochter des Schreinermeisters und Berufsschullehrers Helmut Siebert und seiner Ehefrau Dr. med. Hannelore Urbanke-Siebert, geborene Kunold, Ärztin, in Kassel geboren.

1988 – 1992	Grundschule in Schauenburg-Breitenbach
1992 – 2001	Friedrichsgymnasium in Kassel
2001	Abitur – Allgemeine Hochschulreife
2001 – 2007	Studium der Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität zu Göttingen
2007	Erstes juristisches Staatsexamen
2008 – 2010	Rechtsreferendariat im Bezirk des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main
2008 – 2009	Wissenschaftliche Hilfskraft an der Universität Kassel im Institut für Wirtschaftsrecht
2010	Zweites juristisches Staatsexamen
2010 – 2012	Tätigkeit bei PricewaterhouseCoopers (PwC) Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in Kassel
2010 – 2012	Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Arbeitsrecht der Georg-August-Universität zu Göttingen am Lehrstuhl von Prof. Dr. Rüdiger Krause
Seit 2010	Zulassung als Rechtsanwältin bei der Rechtsanwaltskammer Kassel
2010 – 2013	Anfertigung der vorliegenden Dissertationsschrift
2010 bis 2011	Fachanwaltslehrgang Handels- und Gesellschaftsrecht
Seit 2013	Rechtsanwältin in der Kanzlei Mosebach & Partner in Kassel
Seit 2013	Vereidigte Notarvertreterin des Notars Wilfried Mosebach, Kassel
2013 – 2014	Fachanwaltslehrgang Arbeitsrecht
2013 – 2014	Grundlagenkurs Notarpraxis